

MARCELO JOSÉ DA COSTA PETRY

**VIOLÊNCIA E INQUÉRITO POLICIAL:
Repensando a investigação criminal**

**FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001**

**VIOLÊNCIA E INQUÉRITO POLICIAL:
Repensando a investigação criminal**

MARCELO JOSÉ DA COSTA PETRY

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS.

ORIENTADOR: PROF. DR. LUIZ OTÁVIO PIMENTEL.


Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPG/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A PRESENTE DISSERTAÇÃO INTITULADA: **VIOLÊNCIA E INQUÉRITO POLICIAL: REPENSANDO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**, ELABORADA POR MARCELO JOSÉ DA COSTA PETRY E APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, OBTEVE APROVAÇÃO COM NOTA 8,10 (OITO E DEZ), SENDO JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001

BANCA EXAMINADORA:



PROFESSOR ORIENTADOR: PROF. DR. LUIZ OTÁVIO PIMENTEL



MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. LÉDIO ROSA DE ANDRADE



MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. SALO DE CARVALHO

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

INOCÊNCIAS SACRIFICADAS

“Queria, Senhor, que, quando me apresentasse ao Teu juízo, encontrasse à Tua porta todos os homens que condenei, para que me dissessem que os julguei com justiça, segundo aquilo que os homens chamaram justiça e, se para com algum fui injusto, esse, mais que outro, desejaria encontrar ao meu lado para lhe pedir perdão e dizer que nem uma só vez, ao julgar, esqueci ser uma pobre criatura humana, escrava do erro e que, ao condenar, consegui reprimir a perturbação da consciência, tremendo perante um ofício que, em última instância, apenas pode ser Teu Senhor.” Esse é o final da prece do juiz, e a sua invocação calha ao recente e muito noticiado reconhecimento da inocência de Geremias Gomes de Lima e Sabino Sebulsque. É que fui eu quem determinou, quando jurisdicionava a Comarca de Planalto, a prisão de ambos, acusados de duplo homicídio. Também partiu de mim a decisão de submetê-los ao júri, cuja solução inclusive foi prestigiada pelo venerando Tribunal de Justiça do Estado. A prisão dos dois e a possibilidade de levá-los a julgamento popular teve em consideração a confissão de Sabino e alguns outros indícios que os ligavam ao crime. Mas agora, depois de presos por 18 meses, foi obtida a comprovação clara da inocência dos dois: outros foram os autores do crime, o que levou o júri a absolver os réus. O episódio então, como dito, bem demonstra que a justiça dos homens está sujeita a erros. Especialmente quando, como aconteceu nesse caso, a confissão policial foi arrancada de um dos supostos assassinos à base de tortura, o que também só foi possível confirmar depois de tanto tempo de reclusão. Sucede que a possibilidade de enganos da justiça dos homens e a efetiva ocorrência de um lamentável erro jamais conseguirão confortar esses dois homens e suas famílias, que ficarão marcados para sempre pelo ocorrido. Daí por que a oração acima se justifica. E, se servir para conforto, o pedido de perdão a Geremias e Sabino.”

Juiz de Direito Adair Philippsen

Correio do Povo 04/09/1998.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel, pela colaboração e incentivo.

Ao Professor Doutor Lenio Streck, pela inspiração intelectual.

Ao Professor Doutor Salo de Carvalho, por sua inestimável ajuda e contribuição.

RESUMO

O presente trabalho apresenta-se para realizar um enfrentamento da matéria em relação ao processo penal como um todo. Mais especificadamente em relação ao sistema de investigação preliminar criminal, cognominado inquérito policial no Brasil. Busca-se, resumidamente uma análise sobre a crise enfrentada pelo sistema jurídico de modo geral. Utiliza-se uma abordagem sobre a prova e seu cotejo constitucional. Da mesma forma um resgate histórico sobre a polícia e a investigação criminal. Estuda-se, ainda, a doutrina garantista e o inquérito como instituição que mereça urgentes reparos. Da mesma forma, comenta-se sobre legislações que restringem direitos fundamentais e com análise de arestos jurisprudenciais sobre a matéria, notadamente os de cunho garantista. Enfim, busca-se analisar o sistema de investigação policial suscitando discussão sobre a problemática e apontado sugestões. No anexo apresenta-se resgate de casos onde o erro judiciário foi provocado por investigação policial viciada, especialmente caso ocorrido recentemente no interior gaúcho.

ABSTRACT

The present work comes to accomplish a to face of the matter in relation to the penal process as a whole. More specifies in relation to the system of investigation preliminary criminal, cognominated inquiry policeman in Brazil. It is looked for, concisely an analysis on the crisis faced in general by the juridical system. It is used a to approach on the test and yours compares constitutional. In the same way a historical ransom about the police and the criminal investigation. It is studied, still, the doctrine 'garantista' and the inquiry as institution that deserves urgent repairs. In the same way, it is commented about legislations that restrict fundamental rights and with it analyzes of decisions jurisprudences on the matter, notably the one of stamp 'garantista'. Finally, it is looked for to analyze investigation policeman's system raising discussion on the problem and pointed suggestions. In the enclosure he/she comes it rescues of cases where the judiciary mistake was provoked by investigation addicted policeman, especially case happened recently in the upcountry gaúcho.

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
INTRODUÇÃO.....	1
 CAPÍTULO I. O DIREITO PENAL/PROCESSUAL A REALIDADE BRASILEIRA - A CRISE DO DIREITO	 7
1.1. A crise do processo penal.....	15
 CAPÍTULO II. A PROVA - PRINCÍPIOS - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROVA	 27
2.1. Noções gerais	27
2.2. Princípios.....	35
2.3. Os princípios da ampla defesa e do contraditório.....	40
2.4. Constitucionalização da prova.....	45
2.5. Prova ilícita	50
2.6. Confissão policial como meio de prova	53
 CAPÍTULO III. INQUÉRITO POLICIAL	 56
3.1. Antecedentes históricos.....	56
3.1.1. A polícia na história antiga	56
3.1.2. A polícia na idade média.....	58
3.1.3. A era moderna e a contemporânea.....	59
3.1.4. A polícia judiciária no Brasil	61
3.2. Investigação policial no direito comparado	75
3.2.1. A investigação criminal nos Estados Unidos da América	75
 CAPÍTULO IV. O INQUÉRITO POLICIAL - VIDA, DOENÇA E PRENÚNCIO DE MORTE DO INSTITUTO	 84

4.1. Primeiras reações ao sistema inquisitivo.....	84
4.1.1. Modificações em Portugal.....	87
4.2. Mazelas do inquérito policial à luz do garantismo penal - a crise do direito.....	88
4.3. Modificações no inquérito policial - necessidade urgente.....	96
4.4. O modelo garantista - verificando a crise.....	103
4.4.1. Violência e o direito - uma breve reflexão.....	107
4.5. O garantismo.....	112

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126
--	------------

ANEXOS.....	130
--------------------	------------

Anexo I - Relato de Casos

Anexo II - Projeto de Lei Complementar n.º 162/99 - *Substitutivo 2º*

INTRODUÇÃO

O processo de aquisição do conhecimento científico, mais propriamente o acadêmico, reflete um processo dialético no qual concepções teóricas correntes são confrontadas pela realidade prática. Neste sentido, o trabalho acadêmico pode ser definido, grosso modo, pelo eterno desafio imposto pela realidade prática às idéias e pressupostos teóricos construídos para explicar, por meio de simplificações, essa realidade.

Com relação a aplicabilidade das leis e normas jurídicas, especialmente as procedimentais, embora possamos dirimir uma série de dúvidas em função dos princípios de interpretação, a situação fática apresentada, por vezes, nos traz mais dificuldades, quando cotejados princípios teóricos e a situação posta.

O presente trabalho pretende explorar os pontos ainda nebulosos em função das mazelas e problemas enfrentados pelo atual sistema de investigação pré-processual que, desde muito tempo mostra-se incapaz em solucionar, efetivar e colaborar para uma ação penal profícua e garantista que consiste, resumidamente, em realizar uma leitura constitucional da norma afeta ao processo, visando a garantia dos direitos preconizados pela Carta constitucional.

A atual crise do sistema jurídico como um todo não nos escapa despercebida. Como aplicador do direito e como eterno estudante, este trabalho de dissertação em conclusão ao curso de pós-graduação em nível de mestrado, com ênfase na investigação policial, pela Universidade Federal de Santa Catarina, pretende traçar uma visão geral do instituto de investigação preliminar criminal, efetuando um pretenso resgate

histórico e abordando doutrinária e jurisprudencialmente o assunto.

Certo é que o tema suscita discussões de ordem prática e teórica que nos levaram a sua escolha para objeto de estudo. Além de instigante sob o ponto de vista histórico, bem como pelo seu estudo no direito alienígena, a atual realidade do sistema penal, especialmente do processo penal, nos traz críticas, sugestões e comentários pertinentes neste momento histórico, notadamente na realidade nacional, premida por uma leitura garantista (obrigatória) da Constituição Federal de 1988.

Sem temer a crítica dos que acreditam ser o resumo histórico desnecessário em estudos jurídicos, procuraremos resgatar, o mais completo possível, a origem histórica dos institutos investigatórios bem como a evolução do sistema positivista ao sistema garantista, preconizado pela Carta Magna em 1988.

Justifica-se a escolha deste tema frente a relevância dos direitos garantidos pela Constituição no tocante ao processo como um todo. Especialmente no que diz respeito ao processo criminal, mais esmiuçado no procedimento pré-processual, a importância do tema mostra-se capaz de suscitar a elaboração do presente trabalho.

É certo que a modernidade nos trouxe avanços e conquistas, entretanto, em uma sociedade como a brasileira, a defesa dos chamados direitos e garantias individuais é uma constante luta. Parafraseando Leonardo Boff, como buscar os direitos humanos se se guardam aos brasileiros os direitos animais?

Essa distorcida imagem sobre as garantias e direitos chamados também fundamentais é posta em xeque diariamente nos desmandos oficiais e oficiosos de uma polícia mal aparelhada, mal preparada e corrupta, de um Ministério Público incapaz de cumprir sua destinação constitucional por falta de condições humanas e materiais e um judiciário extremamente arcaico, individualista e arbitrário que, por vezes produz a

injustiça, isso tudo aliado ao moderno Poder Executivo que, travestido de uma democracia, impõe a mais severa e contundente ditadura, qual seja, a do poderio econômico.

Assim, a relevância do tema, sem desmerecer os demais segmentos do Direito como um todo, é alicerçado em função da importância do direito a ser protegido, garantido ou evitada sua vituperação: a liberdade. Essa, logo depois da vida, é sem dúvida o mais sagrado direito, merecedor de toda a atenção e resguardo, sendo que sua restrição, seja provisória ou fruto de decisão definitiva, somente é concebível se os meios utilizados para o convencimento do julgador forem os mais lícitos, corretos e justos possíveis.

Com efeito, a atual crise proporcionada também pela globalização acaba por revitalizar a necessidade do estudo sobre o adequado tratamento e enfrentamento do tema que tomou corpo e relevo com o final da ditadura e o ingresso do Brasil na economia de livre mercado onde não raro a vida e liberdade são sobrepujadas pelo rolo compressor do capital. Assim, o problema toma apenas novo contorno. Enquanto antes lutava-se para garantir os direitos frente a um governo ditatorial e arbitrário, busca-se, agora, os mesmos direitos tolhidos por instituições obsoletas e uma realidade voltada para a valorização do capital em detrimento da pessoa e direitos humanos.

Disso, quando celebramos há pouco a passagem dos cinquenta anos da declaração dos direitos humanos, vemo-nos diariamente nos embatendo com centenas de pedidos de habeas corpus com os mais variados desideratos mas todos voltados, em maior ou menor grau, à liberdade, fruto, não raro, de abusos na investigação criminal e (também, porque não) durante a fase judicial, onde os direitos ao contraditório, ampla defesa e outros, não menos importantes, são vilipendiados por um sistema de processo penal arcaico, injusto e pouco eficaz.

A necessidade de se iniciar o trabalho com breves comentários sobre a atual

crise do sistema jurídico, notadamente o penal e processual penal, é justificada no momento em que necessitamos nos situar dentro de um contexto temporal e doutrinário sobre os problemas enfrentados e, principalmente, a crise paradigmática, apontando, dentre incontáveis, os mais graves problemas enfrentados pelos juristas nesta realidade histórica.

Com efeito, ao par da urgente necessidade de reformulação de inúmeras normas de direito penal e processual penal, a forma como o legislador e principalmente o jurista vem enfrentando a interpretação destas regras precisa ser revisado.

A falta de critérios na previsão de condutas criminosas e, principalmente, o descompasso entre a conduta criminosa e o tratamento dispensado a esta, ou seja, o preceito secundário da norma penal, devem ser imediatamente modificados, buscando-se uma coerência na relação crime/castigo.

Fica patente que, após um breve momento de reflexão, com substituição de prisão por outras medidas, tratamento mais humano ao preso e início de uma reformulação geral do direito penal, a tendência do atual governo é, como já demonstrou, a irracional volta às origens, com exasperação de penas, restrições no sistema de progressão de regimes, inclusão de inúmeros novos tipos penais, como por exemplo, por risível que pareça, o crime de assédio sexual.

No campo do processo penal a realidade não é diferente. Buscaremos uma análise, ainda que perfunctória, sobre o tratamento dispensado ao “cliente” penal pela atual sistemática do Código de Processo Penal.

Primeiramente a necessidade de reformulação, face ao tempo transcorrido da edição do código até os dias de hoje, onde a realidade forense em nada se assemelha aos dias pacatos da década de 40. Num segundo momento, tentaremos traçar alguns pontos controvertidos entre o Estatuto processual penal e a Norma constitucional, buscando

contradições entre direitos previstos na Carta Magna e o procedimento criminal, com especial atenção à fase pré-processual, ou seja, o nosso inquérito policial.

Pretende-se, como já salientado, o resgate histórico, como fonte de comparação e um breve estudo sobre o instituto da investigação preliminar penal nos mais variados sistemas legais do direito comparado, especialmente o sistema Americano e o Europeu, onde buscaremos comentar a investigação criminal em vários dos países do velho mundo.

Posteriormente, em continuidade, referiremos uma abordagem sobre a teoria de Luigi Ferrajoli demonstrando do que se trata a chamada teoria do Garantismo bem como sua aplicabilidade e maneira de solucionar problemas de legitimidade e de legitimação do direito penal como atividade repressora do Estado.

Buscaremos, ainda que de maneira abreviada, explicar a violência estatal e as formas de legitimação desta violência para o controle da ordem social no Estado Democrático de Direito.

Mais tarde, buscaremos fazer uma análise crítica sobre o inquérito policial no Brasil, com suas mazelas e problemas, notadamente em função da legislação arcaica que aplicamos ao trato com o crime, o criminoso e a criminalidade.

Comentaremos, também, a validade da prova sob o ponto de vista legal, bem como os meios probatórios dentro do sistema processual penal, com ênfase à confissão como meio de prova e também àquelas provenientes única e exclusivamente do inquérito policial.

Saliente-se, nesta discussão, a importância da análise sobre a teoria do interesse preponderante, conhecida também como teoria da proporcionalidade, além das

teorias, de cunho norte americano como da prova derivada e da árvore envenenada.

Em todo o trabalho, especialmente nos comentários sobre o inquérito policial, sua validade e apreciação judicial, buscaremos suporte jurisprudencial capaz de embasar o defendido neste trabalho, com aportes dos aplicadores do direito em última análise, ou seja, os Tribunais.

Esta dissertação desenvolve-se, portanto, em um enfrentamento sobre a crise do mundo jurídico como um todo, passando por um resgate histórico sobre a investigação policial, inquérito policial no direito comparado, o inquérito no contexto nacional, a contextualização do prova em matéria criminal, estudo de caso e análise de legislação investigatória.

Procuraremos, assim, suscitar, longe da busca de conclusões, discussão sobre o sistema investigatório alertando para a distância do atual trato investigatório para com as normas de ordem constitucional e, principalmente, para a almejada efetividade da investigação pré-processual que auxiliará, sem dúvida, a alcançar a efetividade do processo criminal.

Adiante, em anexos, procuraremos traçar discussão sobre o erro judiciário, relatando casos, especialmente aqueles originários de investigação policial ineficaz ou corrompida. Traremos à tona diversos exemplos de grosseiros erros a que foram submetidos acusados em processos criminais. Casos como o dos Irmão Naves, o Caso Joel e, especialmente por ser o mote desta pesquisa, o caso dos agricultores da Comarca de Planalto que, por força de violência policial não autorizada e até criminosa, acabaram por assumir conduta homicida imputada a eles mas de autoria de terceiros. É de as salientar que a seleção destes casos dá-se em função de suas semelhanças, ou seja, vício investigatório que é corroborado pelo judiciário promovendo erros.

CAPÍTULO I

O DIREITO PENAL/PROCESSUAL A REALIDADE BRASILEIRA - A CRISE DO DIREITO

A visível crise das instituições neste final de século/milênio não passa despercebida pelo mais modesto acadêmico de Direito. Não bastasse esta falência das “forças estatais”, os textos legais, sua forma de interpretação e as bases filosóficas de hermenêutica estão sob a mais grave crise desde a festejada Teoria de Hans Kelsen.

Com efeito, para Kelsen, a relação de ligação entre o fato, considerado como criminoso, e o ser humano é a sanção, legítima desde que emanada na forma legal:

A relação entre o ilícito e a consequência do ilícito não consiste, assim - como pressupõe a jurisprudência tradicional -, em a uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como consequência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência. Não é uma qualidade qualquer imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção¹.

A tendência que se seguiu, desde então, foi explicar a lei, e por consequência a punição, pela simples existência de previsão legislativa legítima e correta sob o prisma meramente formal. Assim, a conduta considerada como ilícita nunca foi

¹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998, p. 125.

questionada sob a ótica da JUSTIÇA. Embora o próprio pai do positivismo tenha enfrentado este assunto em seu trabalho.

Ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural. Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito freqüentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo (grifo nosso), não só pelo fato de senão tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas - muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral (grifado)².

Desta forma a preocupação do jurista em não se confundir Direito e Moral, ou, mais claramente analisando, Direito e JUSTIÇA, empurrou todo o ordenamento jurídico positivista, especialmente o brasileiro, em profunda crise paradigmática, principalmente após a Constituição de 1988, onde grande parte dos textos legislativos ficaram carentes de supedâneo constitucional.

Tal pensamento pode ser sintetizado citando-se Streck:

A parte do Código Penal Brasileiro que regula os diversos crimes e as respectivas penas vigora desde 1941. Do exame dos diversos tipos penais, pode-se perceber nitidamente a grande preocupação do legislador em proteger mais a propriedade privada do que a saúde e a integridade física do cidadão. Esse dado se torna

² Kelsen, H. *op. cit.*, p. 67.

relevante na medida em que vivemos em uma sociedade em que a preocupação com a propriedade privada assume proporções significativas. Assim, por exemplo, o ato de alguém furtar uma bolsa, um relógio ou uma camisa, será apenado, de acordo com o disposto no artigo 155 do Código Penal, com uma pena que varia de um a quatro anos de reclusão e multa. Paradoxalmente, se o furto de um bem móvel recebe do Estado uma punição tão drástica, o mesmo não se pode dizer no tocante à integridade física do cidadão. Com efeito, a ofensa à integridade corporal é sancionada pelo Código Penal com a pena de três meses a um ano de detenção a qual, na prática, dificilmente ultrapassa a seis meses, resultando, simplesmente, em substituição por multa, em geral não é mais do que algumas dezenas de reais. Já o abandono de uma criança recém-nascida, tipificado no artigo 134 do Código Penal, sujeita o infrator a uma pena que varia de seis meses a dois anos. Desse modo, a simples subtração de um relógio é castigada com o dobro do rigor do que o abandono de um infante³.

Embora os doutrinadores tradicionais costumem, parafraseando Nelson Hungria, repetir que o delito de homicídio é a mais grave das condutas capitulada no Código Penal, asseverando que é ele o pico mais alto na orografia dos crimes, como salientado por Streck, com relação ao tratamento penal (crime/castigo) várias outras condutas, que ferem tão somente interesses patrimoniais, apresentam preceito secundário da norma penal por vezes mais severos do que tipos penais que tutelam a vida e a integridade física do ser humano.

Com isso:

Fica bastante clara a intenção do legislador em proteger bem mais a propriedade privada do que a integridade física dos cidadãos, não só no que tange às penas, mas também no que se relaciona ao tipo de regime de cumprimento destas sanções nos estabelecimentos carcerários. No tocante à punição, vale observar as modificações que a nova Parte Geral do Código Penal trouxe à espécie, as quais, sem dúvida, foram muito bem recebidas pela dogmática jurídica. 'A propósito da vítima, também se nota - e é louvável isso - a preocupação do Código Penal com os efeitos do crime sobre a vítima. O artigo 91 dispõe que um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar. O artigo 16 diz que também será possível, em determinadas circunstâncias, reduzir a pena, de um terço a dois terços, se até o recebimento da

³ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

*denúncia o agente indenizou o dano produzido pelo delito. Essa preocupação indenizatória é um aspecto, sem dúvida nenhuma, louvável, no novo texto*⁴.

Em continuidade, salienta Streck:

Ora, se a dogmática jurídico-penal brasileira - de forma majoritária - tem essa linha de análise sobre o tema, pode-se concluir, sem muito temor, que tal avaliação não leva em conta a realidade social vigente no Brasil. Em um país como o Brasil, que Eric Hobsbawn classificou de 'um monumento à negligência social', é de se perguntar como ficam alguns princípios jurídicos como 'todos são iguais perante a lei' ou 'o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'? 'Iguais onde'? 'Comum' a quem? Como muito bem assinala Faria, 'longe de possuírem um significado evidente, tais conceitos expressam várias representações conflitantes entre si e, em vez de propiciarem uma visão precisa do sistema jurídico, na prática eles funcionam como barreiras ideológicas, mascarando contradições sociais profundas e antagonismos inconciliáveis. Assim, em que medida todos os grupos e classes podem realmente ter os mesmos interesses 'comuns' e anseios pelos mesmos fins? Até que ponto os homens situados numa formação social desigual e iníqua como a brasileira podem ser tomados como cidadãos efetivamente iguais entre si em seus direitos, seus deveres e em suas capacidades tanto subjetivas quanto objetivas de fazê-los prevalecer?'⁵.

Mas a pergunta apresenta-se com certa obviedade: a quem interessa indenizar para se eximir ou ver sua pena reduzida? Ou pior: Qual clientela busca uma reparação pecuniária por eventual delito em que tenha sido vítima? A resposta mostra-se com a mesma obviedade da pergunta. Somente a classe mais abastada vai se beneficiar em ambos os casos, seja "comprando" benefícios legais para redução ou até isenção de pena - como é o caso do estelionato, onde a reparação do dano até a denúncia inviabiliza a ação penal, ou pior, o **parcelamento** (grifado) de tributo sonegado extingue a punibilidade no crime de sonegação fiscal - ou buscando reparar a honra ou outro bem penalmente tutelado, buscando reparações milionárias quando vítimas de delitos.

⁴ STRECK, L. L. *op. cit.*, p. 33.

⁵ STRECK, L. L. *Idem*, p. 34.

Mais uma vez o Direito Penal mostra sua face oculta e malsinada em beneficiar os detentores do poderio econômico. Basta ver o tratamento dispensado aos criminosos dos chamados crimes do colarinho branco. Como no exemplo supracitado, o sonegador de impostos tem benefícios de diversas ordens. Senão vejamos: sonega-se por anos a fio. A possibilidade do fisco em descobrir o delito determina uma ação penal. Agora, o pagamento do tributo - e mais recentemente, o parcelamento desta dívida - determinam a extinção da punibilidade. Ora, o risco é mínimo e os ganhos de grande monta. Se, eventualmente, o sonegador é pego, basta parcelar o débito fiscal para extinguir a punibilidade e, por consequência, a ação penal.

Assim, o Direito Penal mostra-se, repetidamente, manso e cordato para com os abastados e rigoroso para com os miseráveis.

Percebe-se, assim, mesmo que através de uma análise superficial, que esse enfoque atinente à punição/indenização tem o claro intuito de beneficiar uma camada da sociedade, a qual, mediante o pagamento de uma indenização, terá uma considerável redução de pena. Ou seja, quem não tiver recursos para indenizar a vítima, será punido com a pena integral. Aliás, é bom lembrar que isto ficou mais claro, agora, com o advento dos Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei 9.099/95. Com efeito, graças a essa nova lei, alguém que, por exemplo, atropela uma pessoa no trânsito, causando-lhe lesões graves, poderá realizar uma 'barganha', para escapar da punição, isto porque todos os delitos punidos com penas até um ano de prisão tornaram-se passíveis de transação penal. A vítima passou a ter a disponibilidade da ação penal, na medida em que os delitos de competência da lei passaram de ação pública incondicionada para ação penal pública condicionada à representação. Mais do que isso, com o juizado especial criminal, e a nova lei da arbitragem, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. A nova Lei dos Juizados, agora, não mais coloca o Estado como interventor necessário nas contendas vis-a-vis entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pela (peculiares) exigências do art. 129, e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada a ver com isto. É o neoliberalismo no Direito, agudizando a própria crise da denominada 'teoria do bem jurídico', própria do modelo liberal-individualista de Direito. Entre outras críticas que podem ser feitas à Lei, registre-se que, na prática, pela

*simplificação de seu procedimento na fase policial (o fato é narrado, resumidamente, em um boletim) e seu imediato envio ao Judiciário, vários delitos que já estavam sepultados no imaginário social estão sendo 'repristinados' pela Lei, como uma série de Contravenções Penais e outros pequenos crimes, o que, à evidência, representa um retrocesso*⁶.

A sensação de insegurança, a revolta, o medo, o pânico, principalmente nos grandes centros, nos proporciona uma visão dantesca, no mundo jurídico. Se por um lado se busca humanização das penas, tratamento justo ao apenado, rigorismo penal e processual no trato com o criminoso - que nada mais é do que um fruto desta mesma sociedade falida - por outro, a comunidade 'pensante' exige do poder público mais rigor, por vezes irracional, no trato com o delinqüente. Tudo isso proporcionado por uma imprensa imatura, irresponsável e sem consciência do seu papel e, principalmente, do seu poder, frente ao homem médio brasileiro.

Streck, analisa a questão da seguinte forma:

*Há um pânico coletivo, surgido a partir da construção desse discurso. Dados mostram que 51% da população concordam com linchamentos; 77,6% concordam com blitz nas favelas; 53,7% concordam com a eliminação sumária de marginais pela polícia; 43,8% concordam com os espancamentos e outros castigos aos presos; 75,7% são favoráveis ao aumento das penas.... ou seja, o discurso sobre o retorno ao autoritarismo repressivo ganha espaço dia a dia*⁷.

Como dito, é somente a atual situação financeiro-econômico-social que acarreta este tipo de pensamento retratado pelo pesquisador. Assim,

A violência do cotidiano, em especial a que ocorre nas grandes metrópoles do país, é terreno fértil para a busca de soluções imediatistas. Na feliz observação de Cerqueira Filho e Neder: 'Assistimos à população discursando sobre o tema, pronunciando-se na grande imprensa e nas pesquisas de opinião, exigindo a intensificação da repressão do Estado (colocar o Exército na rua) e a vigência do arbítrio (justiçamento de grupos de extermínio)

⁶ STRECK, L. L. *op. cit.*, p. 35.

⁷ STRECK, L. L. *As intercepções telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 28.

*para acabar com a violência a insegurança. Assistimos nos horários nobres de uma televisão tão controlada pelo estado, as opiniões de populares, escolhidos aleatoriamente, postulando com clareza os argumentos do reforço das forças repressivas, numa sociedade já tão deprimida politicamente*⁸.

Esta dicotomia entre o clamor popular por medidas estatais repressoras e as concepções garantistas, fundadas nos preceitos constitucionais, tornam a crise do sistema penal, como um todo, mais grave ainda.

Hodiernamente, com o pacote de segurança pública imposto pelo governo federal e estadual frente à criminalidade mostra a fragilidade do sistema. As propostas de modificação no Código Penal, e também no Código de Processo Penal, expõe a problemática. Ora, “tais observações se tornam absolutamente relevantes como o auxílio à discussão acerca da crise do Direito e, em especial, do Direito Penal, das ‘criminologias’ e das instituições encarregadas de combater a (essa) criminalidade. A relação/reação do *establishment* (com a) à criminalidade e ao discurso sobre a criminalidade - que é ao mesmo tempo instituído e instituinte - vem bem explicado por Winfried Hassemer, para quem ‘há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso que os peritos nesses questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso que dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal”. Nessa linha, para o jurista alemão, citado por Steck, não tem nenhum sentido empiricamente o aumento das penas:

O legislador - que sabe que a política adotada é ineficaz - faz de conta que esta inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de reação simbólica, que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma

⁸ STRECK, L. L. *op. cit.*, p. 28.

*reação puramente simbólica, que acaba refletindo no próprio direito penal como meio de controle social*⁹.

Custa-mos crer que tais palavras tenham, em algum momento surgido a partir de uma realidade alienígena. A proposta parafraseada por Streck parece ser o cotidiano do nosso Congresso Nacional. A *reação simbólica*, operada por fatos sociais, retrata-se em legislações açodadas, mal elaboradas e sem o menor cunho filosófico-doutrinário. Quer dizer, o legislador nacional prefere emitir leis ao sabor dos acontecimentos, premido por eventos promovidos pela mídia ou ocorridos traumáticos.

Para tanto, basta vislumbrar em que circunstâncias foram elaboradas diversas Leis, v.g., a Lei dos Crimes Hediondos que, bem traduzida, deveria chamar-se a Lei Hedionda dos Crimes, por motivos vários. Senão vejamos: a iniciativa de tal legislação deu-se em função de um fato concreto, qual seja, o seqüestro de importante empresário que “comoveu” o país. Tempos depois importante modificação transformou o trato com o direito penal, notadamente o plenário do júri: o assassinato de artista de novela teve o condão de erigir as qualificadoras no delito de homicídio - pouco importando de que ordem - em crimes hediondos, com o trato reservado aos infelizes que cometes tais condutas.

Agora, diante da violência transmitida toda a noite na televisão, o governo federal inflige à comunidade uma série de mudanças legislativas no trato do crime e criminoso. A revogação do *sursis*, o aumento de tempo para se alcançar o livramento condicional, parecem, para o governo, soluções para o problema da violência que se institucionalizou no Brasil. Mas, como já se pode vislumbrar, com certa tranquilidade, o aumento de pena e o rigorismo no tratamento do preso nunca produziram efeitos na diminuição da criminalidade que, antes de ser fato penal, é fato social. A cultura

⁹ STRECK, L. L. *As intercepções telefônicas e os direitos fundamentais*. p. 30.

criminógena, seja dos trombadinhas, acostumados ao furto de parques valores, seja dos barões do crime organizado, não serão resolvidas exclusivamente pelo Direito Penal.

Mas, parafraseando Voltaire, se este é o melhor dos mundos, não poderia ser melhor, nem pior, simplesmente é. Esqueceu-se do Eldorado e passou-se a trabalhar com a filosofia de Pangloss que, mesmo tendo reconhecida sua falha de pensamento, não podia contradizer-se, assim, mantenha-se tudo como é, pois não poderia ser melhor. A obra de Voltaire, *Cândido* ou o otimismo, parece retratar, com certa verossimilhança, a realidade brasileira do Direito Penal. Formada de tragédias e desencontros, mostra-se supedaneada em alicerce filosófico equivocado, que, seguramente se retrata na mais severa crise de paradigmas já enfrentada pelo Brasil, vez que, o ordenamento infraconstitucional mostra-se em rota de colisão com a Carta Magna.

O certo é que a atual crise do sistema penal como um todo, assim como o procedimento criminal, situa-se em uma realidade quase gramishana, ou seja, a crise é justamente a morte do velho e o não nascimento do novo. Enquanto estivermos neste estado de inexistência de “novidade”, estaremos envoltos pela real existência de uma crise no sistema de controle penal.

1.1. A crise do processo penal

A tônica nos discursos jurídicos dos atuais pensadores do Direito, com raras exceções, é a questão da crise do sistema processual, como um todo, e a eficácia do processo no que diz respeito aos direitos do cidadão.

Pior que a crise penal, até em função das modificações mais recentes que o Código Penal foi submetido, a crise do sistema processual penal enfrenta o agravante da idade do Código de Processo Penal. Com efeito, a ritualística do Processo Penal, arcaica

por natureza e por fundamentos, apresenta-se como incapaz de mostrar eficácia neste momento histórico.

Invertendo-se a análise da questão do Processo Penal, deixaremos para o final, até porque se trata do desiderato do presente, o inquérito policial e suas vicissitudes. Certo é que a metodologia do processo perdeu-se, em algum momento, na sua função de pacificadora social.

A mais recente modificação no sistema processual nacional, qual seja, a Lei 9.099/95, mostrou-se, ao mesmo tempo, válida e equivocada no trato com o procedimento criminal nos aspectos penais, já mencionados, como nos procedimentais. Senão vejamos.

Inicialmente, como salientado por Streck¹⁰, mostra-se o Juizado Especial Criminal como apanágio no que tange à solução eficaz de problemas. Ora, quando se pode comprar o direito à ação penal, expõe-se a fragilidade do sistema processual utilizado pela referida Lei. Ademais, pela sistemática da legislação, vários delitos, especialmente contravenções - até então em desuso - novamente, estão em voga, criando-se uma verdadeira enxurrada de procedimentos relativos a esta lei.

Ademais, conforme Cláudio Barros Silva¹¹, a discussão deste texto legal enfrentou dificuldades em nível institucional. Senão vejamos: a polícia civil, vislumbrando a existência de um termo circunstanciado, viu-se prejudicada nos 'poderes' a ela afetos, como os 'proprietários' da investigação criminal. Já que seriam meros transcritores informando somente ao judiciário a ocorrência de fatos cuja pena máxima não ultrapassasse um ano. No âmbito do Ministério Público, vimos certa relutância quando postos em xeque o princípio do *dominus litis* e o princípio da obrigatoriedade, uma vez que

¹⁰ STRECK, L. L. *Tribunal do Júri, símbolos e rituais*. p. 34.

¹¹ SILVA, Cláudio Barros. Em palestra proferida no dia 24 de novembro de 2000 no seminário jurídico da UNOESC, Xanxerê, com o título, Ministério Público: atuação no III milênio.

alguns Promotores de Justiça, no intuito de justificar suas atividades, dentro de um preciosismo preocupante, defendiam a necessidade da manutenção da ação penal pública incondicionada em lesões corporais leves e outros, como ameaça, etc... Por fim, os magistrados também questionaram a lei, pois afastava do sagrado crivo judicial, a decisão sobre a prática de alguns delitos, fato inadmissível aos 'donos do processo', como se consideram alguns juízes.

Mas, superados estes aspectos institucionais, a lei vigorou para, principalmente, imprimir velocidade aos procedimentos criminais - normalmente fadados ao advento da prescrição - agilizar o rito processual - visto ter ressuscitado o rito sumariíssimo - e desafogar o judiciário, uma vez que grande parte dos litígios resolvem-se em fase pré-processual, seja pela composição cível ou pela transação criminal, afeta, única e exclusivamente, ao membro do Ministério Público.

Dessa feita, nestes aspectos, mostrou-se a referida lei salutar. Visto ter, de fato, agilizado o judiciário, evitado toda a sorte de ações penais (que sequer seriam julgadas face ao excessivo número de feitos criminais que tramitam) e possibilitando, solução rápida e - pelo menos em tese - eficaz na resolução de conflitos.

De outra banda, fortaleceu a ingerência do poderio econômico nas relações processuais entre autor e vítima de fatos delituosos compreendidos pela legislação ora analisada. Para se evitar um procedimento criminal, pouco importando quantas vezes necessário - já que a composição civil não possui qualquer limitação numérica de benefícios - basta pagar o 'dano' sofrido pela parte adversa. Para se locupletar, com a extinção da punibilidade, quantas vezes tenha agredido, ameaçado, injuriado, ou outras tantas condutas capazes de possibilitar a composição cível dos danos, basta pagar.

Esta metodologia de tratamento *nos traz inquietações, na medida em que,*

desse modo, o Direito acaba por (re)produzir as relações sociais de uma sociedade tão dispar como a nossa. Ressalta aos olhos, pois, que a dogmática jurídica, mergulhada na crise de paradigma, é co-instituinte da crise social e, por decorrência, para ficar na especificidade do tema em discussão, do discurso criminológico¹².

Esta repetição do modelo social no modelo processual faz emergir questão de cunho prático:

Isto é efeito ou causa? O certo é que, conforme lembra Faria, 'preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos, e a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que o subproduto de sua marginalização social e econômica'. Ou seja, os setores desfavorecidos somente são alcançados pelo (longo) braço do Direito Penal. Daí que, complementa Capilongo, existem mudanças sociais, políticas e econômicas que, processadas em ritmo acelerado, tornam obsoletos os standars estruturais das abordagens formalistas¹³.

Assim, quando ocorre uma modificação substancial no processo criminal, vem ela, tão-somente, repetir o *status quo* de um modelo superado e injusto, qual seja o modelo liberal, agora com roupagem mais agressiva, cognominada neoliberalismo. É justamente esta repetição que mostra a precariedade que se encontra o sistema processual penal nacional. No mesmo sentido, vislumbramos o tratamento pouco respeitoso com a vítima neste procedimento.

Quando se apresenta o ofendido na audiência de conciliação, já se encontra em situação inferior. Por muitas vezes impedida de se manifestar - em função da premência da pauta ou da pouca paciência do juiz em ouvir brigas "pouco importantes" de vizinhos - ainda é forçada a aceitar acordos contrários à sua vontade vez que o Dr. Promotor (sic) e o Dr. Juiz de Direito (sic) não pretender ver em suas pautas mais um

¹² STRECK, L. L. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. p. 31.

¹³ STRECK, L. L. *Idem*, p. 32.

procedimento criminal e influenciam em acordos mal elaborados e que por vezes sem qualquer reparo ou compensação em função do fato ou do dano sofrido. Com frequência, muitas vítimas querem, ao menos, serem ouvidas pelo Dr. Juiz (sic), expondo fatos e casos que, longe de se tratarem de problemas penais, tratam-se de fatos da vida.

Agora, com a pauta apertada a que submetem os juízes estes casos - dificilmente mais que 10 minutos por audiência - pouco se resolve de efetivo, apenas se transferindo ou se postergando o problema para próxima ocorrência policial e nova audiência conciliatória. Assim, a Lei 9.099/95 que poderia ser instrumento útil de real pacificação social, tornou-se mero utilitário em 'baixar processos' e reduzir a demanda judicial por decisões.

Noutro contexto, vemos o rito ordinário e o sumário, sem falar do processo do Júri, excessivamente formalista e pouco prático, agarrado à práticas de uma primeira metade do século onde os atos e fatos do processo obedeciam a uma outra dinâmica. Isso, seguidamente, traz prejuízos ao acusado, em função de deficiência de defesa, mas principalmente à comunidade, que constantemente aprecia, com paciência preocupante, inúmeros processos em que a prescrição afasta eventual julgamento mais célere de feitos criminais.

Ora, vivemos em um mundo informatizado, onde as informações tramitam e transitam quase que instantaneamente. Demorar-se 3, 5 ou 10 anos para o julgamento de um processo criminal é algo que não se concebe. Ademais, questões ligadas as garantias constitucionais dentro do processo não foram acompanhadas pela legislação infraconstitucional vigente, onde o estado, paquidérmico, e o acusado, inferiorizado, encontram-se prejudicados, um na efetivação do processo e outro na garantia de seus mais básicos direitos, como o contraditório, a ampla defesa e outros, não menos importantes.

A forma como se implementa, no mundo jurídico, o fato elencado como delituoso, pela lei material, se inicia equivocado desde sua origem. Num primeiro momento, como alhures analisado, as regras penais, que determinam o que seja ou não fato juridicamente relevante sob o ponto de vista da proteção penal estatal, cujo tratamento mostra-se equivocado, frente ao descompasso entre os interesses tutelados, o tratamento jurídico dispensado e, principalmente às penas aplicadas, onde, os fatos previstos na lei penal preferem a defesa do patrimônio à integridade física ou moral do cidadão.

Num segundo momento, excluindo-se, por óbvio, os delitos abrangidos pela Lei 9.099/95, brevemente comentados anteriormente, temos a maneira pouco racional e extremamente automatizada nos procedimentos de investigação, apuração, denúncia e julgamento dos fatos considerados como delituosos.

Num primeiro momento, critica-se a sistemática do inquérito policial no trato com o crime. O modo de investigação, a realidade das equipes investigatórias, a ineficiência das perícias, a natural desconfiança do Poder Judiciário no trabalho da polícia civil são elementos que dificultam o trabalho do juiz e do promotor no processo.

O fato criminoso chega na Delegacia de Polícia pelos mais variados modos cognitivos e se estabelece o pacto de mediocridade que, embora vá se mitigando no transcorrer do processo, retrata bem a falência do sistema processual nacional.

O Delegado de Polícia, figura erigida ao ostracismo jurídico, perdeu a importância e relevância (gize-se, por sua própria culpa) de modo que da maneira como se opera a polícia judiciária, totalmente prescindível sua atuação. Em recente levantamento¹⁴, demonstrou-se que os Delegados raramente - para não dizer nunca - presidem efetivamente o inquérito policial. Deixam de tomar depoimentos, não participam das diligências, não

¹⁴ Curso de aperfeiçoamento de agente policiais em Santa Catarina. Enquete realizada pelo palestrante. Março de 1999.

‘pensam’ a investigação, enfim, deixam de auxiliar o Ministério Público e o Estado na simples tarefa de comprovar a materialidade e indícios **suficientes** (grifo nosso) da autoria.

Via de regra, exceção feita dos crimes que repercutem na mídia e/ou de interesse de pessoas importantes, o inquérito policial apresenta-se como um emaranhado de papel, sem valor probante algum onde, normalmente, as pessoas e, principalmente os acusados, se desmentem em juízo, pondo por terra o mister estatal de acusar - e acusar bem - provando fato e autoria.

O despreparo, a preguiça, aliado, justiça se faça, a falta de remuneração adequada, elementos humanos e materiais, transformaram o inquérito policial em peça imprestável, que, longe de viabilizar uma acusação coerente e supedaneada nos mínimos aportes probatórios, tornou-se argumento para julgadores absolverem, baseados tão-somente nas mazelas desta instituição e do caderno que ela esta incumbida de produzir.

Pouco se vê de Delegados que pensam o inquérito policial. A busca de provas, precisamos salientar, lícitas, que viabilizem o trabalho do Promotor de Justiça deve ser a pauta mestra destes profissionais. Ora, de que adianta a simples narrativa de uma vítima sem provas concretas da existência do fato. Quer-se, com isso, dizer que o Delegado, e sua equipe investigatória, tem o dever de buscar o algo mais, até para justificar a fortuna que se gasta com o aparelho policial no Brasil.

Como antes salientado, a falta de zelo da polícia civil na condução dos inquéritos policiais redundam, normalmente, em absolvições, uma vez que a ‘prova’ coligida na fase policial nunca, ou quase nunca, se reitera na fase judicial. O descuido com a prova pericial, levantamentos fotográficos, esgotar-se a prova testemunhal, quando na maioria das vezes os termos de declaração resumem-se a meia lauda de muito mau gosto datilografada.

Mas não se pode exigir do funcionário, sem atribuição para tal, o preparo necessário para se extrair dos testemunhos os fatos ocorridos na cena criminosa de modo a contribuir de modo satisfatório ao Promotor de Justiça na ocasião da inicial acusatória. Assim, a falta que o Delegado faz, paradoxalmente, já não faz falta alguma, pois de longa data o processo (não) tem funcionado dessa maneira.

Com isso, citando o Des. Amilton de Carvalho: quando o instituto é feito para não funcionar e não funciona, logo, funciona. Quer dizer, parece que o legislador elocubrou um sistema que não funcione, justamente (parece algo pouco lógico) para funcionar. Dessa maneira mantém-se o *status quo*.

Tal negligência, produzindo-se o inquérito policial sem verdadeiros insumos probatórios, torna-se perigoso no Tribunal do Júri, onde, como se sabe, não se faz qualquer distinção entre prova policial ou judicializada, ficando ao alvedrio dos jurados a apreciação do contexto do fato. Diante disto, inúmeras condenações, dependendo é claro da qualidade do Promotor de Justiça e do defensor, foram alcançadas a partir do caderno policial, prescindindo-se daquela submetida aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Por outro lado, os Promotores de Justiça acabam, de modo equivocado, demasiadamente dependendo da polícia. Sem condições - e por vezes vontade - de questionar as informações contidas no inquérito policial, colaboram sobremaneira para a manutenção do estado de miséria em que se transformou o Processo Penal.

Justifique-se que o Ministério Público está, talvez, não em elemento humano, carente de recursos, o que impossibilita a correta fiscalização da atividade policial, saliente-se de ordem constitucional. Com efeito, o artigo 129, VII da Constituição Federal determina que são funções institucionais do Ministério Público: “exercer o

controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. Consta, entretanto, que, mais de doze anos se passaram sem que a dita lei complementar viesse regulamentar o modo como o Ministério Público faria esta fiscalização. O *lobby* dos Delegados além de interesses ocultos impedem que o legislador estabeleça, de uma vez por todas, este necessário controle.

Desta forma, a única maneira de se manter alguma fiscalização sobre a atividade policial é regulamentar-se, com urgência, o controle sobre a polícia civil. A indústria de inquéritos, a venda de investigações, o crime organizado que parte de dentro dos Distritos Policiais, são apenas uma ponta no *iceberg* da miséria do processo penal. Isso sem mencionar aqueles que, heroicamente, tentam se manter na linha da honestidade mas acabam sendo excluídos por uma grande maioria que, se não corrompida, é omissa nas suas funções de delatar e apurar crimes e criminosos. Não raro batem às portas dos foros, nas promotorias, pessoas acusando policiais de criarem falsas acusações e extorquirem supostos indiciados, para ‘arquivar’ autos de inquérito. Provas forjadas, bens e objetos que desaparecem, tudo ligado a esta instituição apodrecida e que deve ser depurada com urgência.

As recentes investigações da CPI do Crime Organizado no estado do Rio Grande do Sul expuseram, de forma surpreendente, a situação da polícia civil no estado. Várias prisões preventivas, afastamentos de policiais e Delegados foram o resultado de mais de seis meses de investigação por parte de Deputados e promotores de justiça sobre o roubo de cargas, tráfico de drogas e outras práticas que foram investigadas e, na totalidade destas, encontrou-se policiais civis, e alguns militares, envolvidos.

Mas o que demonstra a total falta de capacidade do Ministério Público e outros órgãos de fiscalização de manter sob vigilância a polícia é justamente o resultado de

uma comissão, que antes de mais nada é política, e que, em pouco tempo, apurou, com certa credibilidade, o crime organizado no estado.

Ora, quando nos damos conta da inoperância das instituições em fiscalizar outras, deparamo-nos com o limite na crise. Interessante fixar comentário nas ponderações de Bisol¹⁵: *A Justiça Penal é a maior mentira institucional do Brasil. O Rio Grande do Sul trabalha com 5% da criminalidade real. E o Brasil trabalha com 2,5%. Me desculpem, mas pode fechar a Justiça Penal e o Ministério Público que não vai mudar nada.*

A fúria do Sr. Secretário de Justiça do Estado, gize-se, ex-Desembargador, mostra, com clareza, a situação que enfrentamos. A sensação de impotência, a falta de poder e a ineficácia do sistema põe à prova qualquer profissional de bom senso no enfrentamento das questões ligadas à segurança pública. Ora, o Direito penal e o Processo Penal servem justamente para garantir esta pacificação social. É certo que Bisol defende a extinção do inquérito policial, mas ainda não apresentou sugestões capazes de substituir o inquérito bem como o que fazer com os servidores que ocupam cargos ligados àquela instituição.

Segue Bisol: *Se a polícia abrir um inquérito para cada carro roubado, fecham a polícia, o Ministério Público e a Justiça.*¹⁶ Certo é que o inquérito policial precisa ser, imediatamente, repensado. Agora, falta, ainda, alguém com idéias claras a respeito desta transformação. Certo, também, que a polícia, da maneira como está organizada, não atende ao clamor por segurança e tranquilidade, notadamente nos grandes centros.

Assim, seguimos todos numa grande encenação: a polícia finge que

¹⁵ BISOL, José Paulo. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, p. 47, 28/11/2000.

¹⁶ BISOL, J. P. *Idem ibidem*.

investiga e identifica crime e criminoso, o Promotor de Justiça brinca de dono da ação penal 'perseguido' os malfeitores e os juízes colocam-se como semi-deuses, dizendo o bem e o mal, condenando e absolvendo.

Talvez, simplesmente fechar a justiça penal e o Ministério Público não seja a melhor solução. Agora, antes de simplesmente abusar da crítica, de forma por vezes leviana, deve-se buscar algumas soluções, ou pelo menos, neste momento de crise, paliativos.

Com o eventual fim do inquérito policial, enfrentaremos uma necessidade de reformulação total do Processo Penal, criando-se uma espécie de juizado de instrução, a exemplo do que ocorre em países Europeus e no estado norte-americano. Agora, a justiça e o Ministério Público estão prontos para receber esta tarefa? Com a atual organização do Poder Judiciário e do Ministério Público há alguma condição de efetivar a modificação? Mais, o que fazer com os Delegados e funcionários da polícia?

Talvez a absorção, pelo Ministério Público, dos agentes e Delegados de polícia nos quadros, formado-se um Gabinete da promotoria, a exemplo do que ocorre em alguns estados americanos, fosse a resposta.

Não bastassem as atribuições já existentes, imagine-se, somar-se a tudo isso à direção das investigações policiais. Conclui-se que esta sobrecarga de atribuições chega a ser pensada para desmoralizar a instituição que, muito em breve, será taxada de inoperante, ineficaz e, portanto, dispensável. Tamanha é esta visão que, desde 1988, quando o Ministério Público passou a ter efetivo e relevante papel, pouco se modificou na estrutura e aparelhamento da instituição. Somente quem tem algum trato com o Direito Criminal pode avaliar o tempo que se destina a investigação criminosa, as diligências necessárias, bem

como os perigos que existem em função desta proximidade com o crime, a criminalidade e o criminoso.

Assim, como abraçar membros de uma polícia corrupta, desmoralizada e inoperante, com membros de uma das poucas instituições que gozam da confiança popular? Mais, os Delegados estariam prontos para serem subordinados aos promotores? Quem fiscalizaria a atividade investigatória do Ministério Público? - ou seja, no dizer de Bobbio, quem fiscalizará o fiscalizador?

Estas questões, que são apenas exemplificativas - mas em número quase infinito - apresentam-se sem resposta. Óbvio que não pretendemos responder qualquer delas, mas causar mal estar tamanho que enseje uma longa reflexão sobre o Direito Criminal como um todo.

Esta, em escala reduzidíssima, é a realidade da crise emblemática e paradigmática em que nos encontramos.

Com isso, a pergunta que se mostra mais contundente é: como resolver e diminuir a crescente violência, principalmente nos grandes centros, sem tolher liberdades e garantias individuais que foram reconhecidas somente depois de muita luta e conquistas sociais? Talvez, a falta de resposta seja a esperança de solução desta questão. Cada qual com seu entendimento, mas buscando o bem comum, certamente contribuirão para a solução.

CAPÍTULO II

A PROVA - PRINCÍPIOS - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROVA

2.1. Noções gerais

Desde que o homem descobriu-se superior aos animais, sobretudo por sua inteligência e menos por sua força, percebeu ser importante, não só para sua sobrevivência, mas pelo seu próprio progresso, juntar-se, formando grupos, comunidades, cidades e nações. No momento em que ocorreu a incidência de uma ordenação jurídica sobre um agrupamento humano, fixado num determinado território e vinculado entre si por razões culturais, lingüísticas e econômicas, surgiu a figura do Estado, que não é exclusivamente um conjunto vago e esparso de normas, cuja obediência fica a critério de seus destinatários. Na verdade, *é a mais complexa das organizações sociais, englobando na teia das suas regulações a totalidade das relações intersubjetivas ou interpessoais. É um conjunto normativo que dispõe de um aparato de coação, que o torna eficaz. O indivíduo não pode descumprir seus deveres, sem que sobre ele recaia todo o peso da autoridade estatal*¹⁷.

Modernamente, sabe-se que o Estado tem uma face, um modo de ser e de se apresentar, que se consubstancia na sua Constituição. Se desejamos conhecer uma sociedade politicamente organizada, ao menos no tocante aos parâmetros basilares que sustentam as idéias do povo, devemos ter noção da Lei Fundamental que a rege.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 09.

Assim, é certo asseverar que:

*O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. **Constitucionalismo** (grifo do autor) é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo¹⁸.*

De outra banda, esclarece o doutrinador português:

Numa outra aceção - histórico-descritiva - fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder¹⁹.

Nesta senda, a constituição apresenta-se como norma fundamental cuja principal função, além de organizar o funcionamento do Estado, é justamente limitar o poder deste frente ao cidadão.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina. 1997, p. 47.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 48.

Não é demais ressaltar, pois, que todos os preceitos constitucionais exercem profunda e marcante influência sobre a legislação ordinária, que à Norma Maior devem estar amoldadas. Por isso, torna-se essencial uma análise, ainda que não aprofundada, desses paradigmas fundamentais, norteadores do legislador e aplicador do Direito. Tanto assim que Nelson Nery Jr. reconhece a existência, ainda que para fins didáticos, de um Direito Constitucional Processual, significando o conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal.

No contexto do Direito Processual Penal, nota-se que houve especial preocupação do constituinte para fixar parâmetros essenciais, a fim de preservar os direitos e garantias individuais do homem, visto que a aplicação da lei penal ao caso concreto, compondo conflitos, termina por afetar um dos principais status do cidadão, que é a sua liberdade.

Desta feita, inimaginável o Estado de Direito cujas normas processuais penais estejam distanciadas da Constituição e estas das festejadas normas internacionais de proteção ao indivíduo²⁰.

Embora o objetivo deste trabalho não seja a análise detida dos princípios constitucionais do processo, em especial do penal, merece haver uma breve consideração em função da importância que o tema envolve, tendo em vista que não há possibilidade de existir uma composição justa dos embates sociais caso inexista uma imparcial e eficaz atuação do Estado.

Estando no ápice da hierarquia das leis, a Constituição Federal traça os caminhos pelos quais deve seguir o legislador ao editar normas inferiores, de modo que

²⁰ Salienta-se que as normas constitucionais devem necessariamente estar vinculadas com a proteção dos direitos humanos.

nenhum mandamento existente nas leis processuais pode contrastar ou ferir a vontade do constituinte.

Sob este prisma, é importante ressaltar que se conhece um regime autenticamente democrático verificando na Carta Magna quais os princípios de proteção da individualidade humana. No caso brasileiro, é fora de dúvida que houve preocupação com esse aspecto e os alicerces fundamentais para a ideal distribuição de justiça foram traçados. Resta saber se não somente o legislador, quando tratar da elaboração da legislação infraconstitucional, mas sobretudo o órgão judiciário, quando aplicar a lei ao caso concreto, irão cumpri-los.

Não basta haver previsão constitucional para um direito, pois é essencial que também exista a garantia que o sustente e ampare. Assim, o indispensável dualismo - direitos e garantias -, servindo ao cidadão acima de tudo, lembrando que um direito pode ser ao mesmo tempo garantia e proteção de outros direitos. Nesse prisma, o direito à prova é garantia do contraditório, que não deixa de ser garantia da ampla defesa, por sua vez é garantia do devido processo legal.

Nesta senda, constata-se, a olhos vistos, que a Constituição dedica boa parte do artigo 5º à enumeração dos princípios gerais que norteiam o processo, mormente o seu ramo penal.

A prevenção e a repressão ao crime são deveres do Estado, mas também o é a justa aplicação da lei. Não é porque a criminalidade aumenta que as garantias individuais do cidadão devem ser desconsideradas, ferindo direitos fundamentais. O monopólio estatal para a distribuição de justiça pressupõe um sistema processual justo e imparcial. Sem esses requisitos - que somente são atingidos através do respeito às regras constitucionais - não haverá tranquilidade social, meta maior da sociedade.

Não existiria pacificação social sem que houvesse segurança na aplicação da lei, afinal, o ato de condenar um inocente provoca maior rompimento na teia social do que o cometimento do delito. Logo, a culpa deve ser convenientemente formada.

Já defendia Malatesta que *a pena que atingisse um inocente, perturbaria a tranqüilidade social, mais do que teria abalado o crime particular que se pretendesse punir*; porquanto, **todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário** (grifo nosso).

O direito que a sociedade possui de punir o autor de um crime é certo, mas não menos correto é afirmar que essa aplicação da pena deve advir de um processo legal, constituído e conduzido sob a tutela de normas processuais, todas na órbita constitucional.

Nesse contexto, surge como essencial ao indivíduo o direito à prova. É direito do cidadão ser submetido ao devido processo legal; é também direito individual lançar mão da ampla defesa e do contraditório. Neste sentido cabe um comentário em particular.

Durante muito tempo vem se discutindo a possibilidade de se aplicar, sem o trâmite regular do processo, penas alternativas no âmbito do Juizado Especial Criminal. Assim, caso o indivíduo transacionasse a prestação de serviços à comunidade, em caso e não cumprimento, qual deveria ser a conduta do Promotor de Justiça?

Defendeu-se que, por ter o mais amplo direito de defesa, o acusado poderia, inclusive, abrir mão dele e, sem o ônus do processo, aceitar, previamente, a prestação em função da imputada conduta. Nesta mesma linha, sustentava-se que, portanto, caso descumprisse a 'sanção' aplicada, poderia haver a substituição por pena privativa de liberdade, prevista no artigo 45, II do Código Penal.

Entretanto, pelo que se pode apreender da doutrina e jurisprudência pátria, exige-se, do membro do Ministério Público, o oferecimento de denúncia para aquele autor do fato que tenha descumprido as condições de eventual transação do processo, permitindo-se, assim, o regular trâmite do processo.

Disso, presume-se que o Estado garantista sequer possibilita que o submetido a procedimento criminal abra mão de seus direitos e garantias constitucionais. Talvez, e isso será enfrentado posteriormente, que a confissão, mesmo na esfera judicial, é vista com certa reserva e deve, juntamente com outros meios de prova, ser analisado, principalmente quando a confissão é extrajudicial, ou seja, prestada na fase policial.

Neste sentido a jurisprudência dominante aponta para a restrição na apreciação da confissão extrajudicial. Algumas aceitando²¹, lamentavelmente, e outras, mais coadunadas com uma realidade constitucional, rechaçando. Agora, no estado do Rio Grande do Sul, vemos com alguma preocupação inúmeras câmaras criminais aceitando como prova a confissão policial²². Posição contrária vemos somente na 5ª câmara capitaneada, principalmente pelo Des. Hamilton Bueno de Carvalho que, de forma coerente e afinada com a nova ordem constitucional, despreza a confissão, especialmente, bem como toda a prova produzida no caderno policial o que se retrata muito bem nas

²¹ REVISÃO CRIMINAL. CONFISSÃO POLICIAL. VALIDADE. PROVA CONDENATÓRIA. É acatável a confissão extrajudicial, sem indício de coação, afinada com outros adinículos de provas idôneas - o reconhecimento da vítima é forte indicador do requerente ter participado do fato típico, independentemente de o julgador monocrático ter extirpado a qualificadora do concurso de agentes, pela incerteza de o indigitado co-partícipe inimputável ter colaborado na ação deleteria - é indiferente a solução da causa, o fato de o requerente ser o executor, ou co-autor, porquanto, em ambas as hipóteses, aquela ação é indivisível - IMPR. (REV nº 296043276, 2º Grupo Criminal do TARS, Iraí, Rel. Aido Faustino Bertocchi. j. 11.08.97).

²² FURTO QUALIFICADO. CO-AUTORIA COMPROVADA. Confissão policial, ratificada em juízo, apreendida a res em poder do apelante, o que faz inverter o ônus da prova, e incriminado por seu cunhado, com quem residia, a condenação é a única solução viável. VALIDADE DA CONFISSÃO. Sem comprovação, não pode ser acolhida a alegação de que o réu confessara em juízo, por falta de estrutura, mormente quando ratificou confissão policial, nada alegando contra sua regularidade. PROVA TESTEMUNHAL. A prova testemunhal é de ser valorada pelo julgador de acordo com sua íntima convicção. Dizer-se que a acusação partida de um cunhado se deveu a desavenças existentes, quando nada disse o réu contra as testemunhas, não obsta de o julgador dar o devido valor a esse testemunho. Apelo desprovido. Unânime. (Apelação Crime nº 297020141, 3ª Câmara Criminal do TARS, Montenegro, Rel. Luis Carlos Ávila de Carvalho Leite. j. 04.12.97).

razões em seus acórdãos. Sendo que este, por as expressiva importância vai transcrito em seu fundamento:

AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR) - *O apelo - desde meu ponto de vista - merece acolhida - vênha do colega singular.*

De logo, registro o profundo desconforto gerado pela indesculpável demora processual - o feito esteve processado de abril de 1997 a maio de 1999, sem qualquer razão.

Assim, um fato de abril de 1994, que teve denúncia em setembro de 1996, só veio ter sentença em julho de 2000. Só por aí (e desde logo) se vê que o interesse condenatório por furto de bicicleta - que foi recuperada - e algumas galinhas começa a desaparecer!

Pois bem.

Valor nenhum tem a prova oral policial. A única prova hábil a gerar certeza é aquela coletada perante autoridade equidistante, com sóbria fiscalização das partes, no espaço público. Aliás, o inverso, onde vigora o segredo e a busca da verdade máxima a qualquer preço, se situa no sistema inquisitorial vigente na idade média.

Por outro lado, no plano da técnica, sequer se pode falar em 'confissão policial' - por todos, ver Sérgio Demoro Hamilton, 'O desvalor da confissão policial', Doutrina!, Ed. LUAM, 1996, 1º, p. 79/88.

Repito, é temerário e inaceitável levar um cidadão (seja quem for, seja qual o delito cometido) a presídio com base em elementos vindos da fase negra (ou seja, sem as garantias do devido processo legal), que são coletados (e todos sabemos disso) de forma absolutamente confusa, com fuga da publicidade que para Ferrajoli é a primeira das garantias, eis porque tudo deve "produzir-se a luz del sol, bajo el control de la opinión pública". E Ferrajoli cita Betham: 'La publicidad es la alma de la justicia... cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado' ('Derecho y Razón', p. 616/617, ed. Trotta, Madrid, 1995).

Em juízo, o apelante nega a autoria. Nada foi encontrado em seu poder.

Que há, então, contra ele? Apenas a palavra do então menor João Carlos: diz ter praticado o furto em parceria com o apelante.

Aqui o cerne da prova que originou condenação em 1º grau. A questão que explode é a seguinte: a palavra de João Carlos - isolada - tem o condão de gerar convicção?

Entendo que não: um, como já disse, porque isolada - nada a ancora; dois, porque o apelante é cidadão com história - antes e depois do delito - sem mácula; e, três, porque no conflito entre o apelante e o alcagüete emerge, no mínimo, dúvida (quem teria mentido? Ou ambos?) - e a dúvida, sempre e sempre, vem em favor do acusado.

Eis porque opto pela absolvição.

Finalmente, o réu não tem que provar nada - seja álibi, seja o que for - quem carrega, no crime, o ônus é o acusador - aquele que persegue o cidadão.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo para absolver o réu, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Neste tipo de decisão vemos, antes de um juiz alternativo, um juiz garantista, atilado para as modificações na ordem constitucional.

É justamente esta coerência que se deve cobrar dos aplicadores do direito. Como fazer uma crítica veemente ao inquérito policial e, depois, utilizar peças deste caderno para, gize-se, condenar alguém?

Por isso a necessidade da reformulação do sistema investigatório apresenta-se como urgente e necessária. Quando os aplicadores do direito, em reiteradas decisões, acabam por reconhecer valor probante nas peças produzidas no inquérito, vemos a falência da sistemática processual judicial, mostrando que os juízes dependem, ainda muito, da polícia para julgar.

É, por outro lado, garantia fundamental ter a possibilidade de utilizar todos os recursos inerentes à amplitude da defesa, bem como desfrutar de um processo justo e equilibrado, que conte com a imparcialidade do órgão julgador.

Assim, voltando-se para a preocupação com o rito do inquérito policial, uma

série de indagações surgem com relação a validade dos suportes probatório, principalmente aqueles que não se repetem na fase judicial e que, portanto, são unilaterais e baseados num caderno eminentemente inquisitivo sem que o investigado, no mais das vezes, saiba do que se trata.²³

2.2. Princípios

A Magna Carta, imposta pelos barões ao rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, tem sido considerada um marco histórico para as garantias individuais do cidadão contra o arbítrio e a prepotência do Estado. Agora, mais modernamente,

*As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do **due process of law** (grifo do autor). Nem sempre, porém, se tornam explícitas as premissas e a memória deste due process. Vale a pena, por isso, prestar alguma atenção às leituras americanas incidentes sobre o 'processo devido' (= processo justo) e verificar em que medida estas leituras podem ser transferidas para o nosso quadro jurídico-constitucional²⁴.*

X As origens do *due process of law* costumam reconduzir-se aos esquema garantísticos da Magna Carta, designadamente ao artigo 39º deste documento, nos termos do qual:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país

²³ A regra do artigo 20 do Código de Processo Penal determina a sigilosidade do inquérito policial que deve, no atual sistema, tramitar sem o conhecimento do investigado, que, não tem qualquer possibilidade, nem oportunidade de contraditar as "provas" técnicas produzidas naquele caderno.

²⁴ CANOTILHO, J.J. G. *op. cit.*, p. 460.

A importância do devido processo legal é evidente, tanto assim que na Petição de Direito, de 07 de junho de 1628, primeira tentativa de colocar em prática as regras constitucionais de liberdade constantes na Magna Carta, tendo em vista que o rei Carlos insistia em desprezar as forma legais e tomava para si o exercício da justiça criminal, os nobres outra vez voltarem-se ao soberano.

Posteriormente, antes mesmo da Constituição Federal Americana de 1787 (Emendas 5^a e 14^a), algumas das constituições estaduais já consagravam o princípio do *due process of law*.

A leitura básica das Emendas relacionadas com o due process of law pode sintetizar-se da seguinte forma: processo devido de direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termo, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: due process of law equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves²⁵.

Esta leitura básica abre a porta para outra idéia já atrás acentuada. É ela do processo devido como processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos. Por outras palavras porventura mais expressivas: o due process of law pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um 'processo devido' obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembléias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos.²⁶

Agora, a questão axiológica se apresenta: como qualificar um processo de justo? Segundo Canotilho, estas respostas, mais uma vez influenciadas pela doutrina constitucional americana, determinam a diferenciação de 'processo devido' - a concepção

²⁵ CANOTILHO, J.J. G. *op cit.*, p. 461.

²⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 461.

processual e a concepção material ou substantiva. A teoria processual, que o autor português chama de teoria do processo devido por qualificação legal, resume-se a dizer que uma pessoa 'privada' dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem o direito de exigir que esta privação seja feita segundo um processo especificado em lei, consequentemente, o acento tónico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

Por sua vez, a chamada teoria substantiva pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma value-oriented theory, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o 'processo devido' começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições 'estatutárias'. Passou, assim, a falar-se de processo devido substantivo. O problema nuclear da exigência de um due process não estaria tanto - ou pelo menos não estaria exclusivamente - no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado ('privado da vida, da liberdade e da propriedade') por haver violado a lei, mas sim pelo facto de a lei poder ela própria transportar "injustiça" privando uma pessoa de direitos fundamentais. As autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a judicial review of legislation. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como protecção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas²⁷.

²⁷ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 462.

Esta proteção alargada, segundo o doutrinador, através da exigência de um processo equitativo significará também que o controle dos tribunais relativamente ao caráter 'justo' ou 'equitativo' do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controle será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais.

Isso significa dizer a tutela do direito público subjetivo do autor e do réu e, concomitantemente, a tutela da própria jurisdição, legitimando-a. Aliás, tão alargado é o conceito de referida expressão para o direito anglo-ameicano que a Suprema Corte dos Estados Unidos, na sua interpretação da Constituição, possui um poder quase legislativo. Entretanto, nos países que abraçam o sistema do *civil law*, como o nosso, resta bem menos à Corte suprema para regular o alcance da Constituição Federal em relação à legislação infraconstitucional.

Quando do advento de leis draconianas, costuma-se debater a respeito do seu cabimento em face do que dispõe a Constituição Federal, mas pouco resultado se obtém, pois o Supremo Tribunal Federal pouca tradição possui em afrontar diretamente a norma infra constitucional, a pretexto de, interpretando o texto constitucional, preservá-lhe a eficácia e o real sentido.

O fato é que, dentro de princípios tão cristalinos, como o devido processo legal, não se poderia admitir que a lei ordinária instituisse normas de conduta ao arrepio do que a Lei Maior não prevê ou até mesmo veda, ainda que não o faça explicitamente. Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, v.g., quase (numa visão otimista) foram destruídos os princípios da individualização da pena, da liberdade provisória, da presunção de

inocência, entre outros tantos, em nome do combate à crescente criminalidade. Tivesse a mesma força que a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal por certo teria declarado inconstitucionais vários desses dispositivos.

~~X~~ Vedando a produção do provas ilícitas - ou melhor, seu uso - (artigo 5º, LVI da Constituição Federal), o constituinte enalteceu a importância do processo, que deve ser não somente legal, mas também ético e moral. A lisura do procedimento das partes é, portanto, devida e assegurada²⁸.

Ao estabelecer o princípio da publicidade dos atos processuais (artigo 5º, LX da Constituição Federal), salvo raras e imperiosas exceções, a Constituição moldou, mais uma vez, os limites do processo, garantindo à sociedade a fiscalização e o acompanhamento da imparcialidade do Estado na distribuição de justiça.

Inserindo o Tribunal do Júri²⁹ (artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal) e suas garantias (plenitude de defesa, sigilo as votações, soberania dos veredictos e competência - diga-se mínima - para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida), o constituinte perseguiu a mesma tradição que há décadas vem sendo adotada pela legislação, conferindo ao cidadão a oportunidade de ser julgado diretamente por seus pares, justamente quando se trata da proteção à vida, homenageando o princípio do juiz natural, também expressamente previsto (artigo 5º, LIII da Constituição Federal).

Do mesmo modo, quando expressamente previu o habeas corpus e o habeas data (artigo 5º, LXVIII e LXXII), sem qualquer custo (inciso LXXVII do referido artigo), tudo para supedanear o mais perfeito equilíbrio no processo penal.

²⁸ No mesmo sentido é a disposição do artigo 191 do Código de Processo Penal italiano.

²⁹ Para melhor detalhamento sobre a matéria, pertinente a consulta a STRECK, L. L. **Tribunal do júri símbolos e rituais**.

Com o mesmo - ou maior - grau de preocupação, o legislador constituinte fixou regras para a execução da pena, visto ser decorrência lógica do processo legal o cumprimento da reprimenda estabelecida pelo Estado (artigo 5º, incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L e LXXV).

Não bastassem, há garantias na esfera do direito penal que, por certo, 'caracterizam o devido processo penal'³⁰. São elas o princípio da reserva legal (XXXIX), a irretroatividade da lei penal (XL), a impossibilidade de alteração da coisa julgada (XXXVI) - salvo para beneficiar o réu -, a preservação da integridade física e da vida do réu ou do sentenciado, coibindo a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes (III), a inviolabilidade de domicílio (XI), o sigilo da correspondência (XII), a não obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado (LVIII) e o direito de petição e de obtenção de certidão para a defesa de direitos (XXXIV).

Apesar de decorrências naturais do devido processo legal, o texto constitucional fez menção expressa à ampla defesa e ao contraditório, essenciais ao devido processo penal.

2.3. Os princípios da ampla defesa e do contraditório

X Não há processo justo, nem imparcialidade do Estado na aplicação da lei e muito menos isonomia processual, caso inexistir uma ampla defesa efetiva e o respeito ao contraditório. Analisando o conceito de ampla defesa, Pinto Ferreira o equipara ao do devido processo legal, salientando que há dois princípios necessários e implícitos a essa locução constitucional (ampla defesa): 1º) *nullum crimen sine lege*, que é o princípio da

³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 81.

legalidade dos delitos; 2º) *nulla poena sine praevio processum poenalli*, como o princípio da legalidade das penas e do processo legal que é produzido, a fim de que se possa ter um processo penal ou criminal regular. Seu conteúdo, no entanto, vai além: a) é preciso que o réu tenha iguais possibilidades de produzir provas às conferidas ao autor a fim de provar sua inocência, respeitando o princípio da isonomia, ou seja, possibilidades desiguais para partes desiguais, quando for o caso; b) ônus da prova sempre a cargo da acusação; c) necessidade do acusado ter sempre advogado; d) a defesa deve ter pleno conhecimento da acusação e das provas que a sustentam; e) livre debate das provas diante do juiz.

Aqui, alguns comentários se fazem necessários. Quem pode afirmar que houve alguma defesa quando existe a nomeação de defensor dativo, para réus preso, que sequer, em momento algum do processo, tem contato com o advogado? Que validade tem essa condenação frente ao garantismo constitucional da ampla defesa? Mais, como promover a defesa de acusado miserável, sem condições de promover diligências que auxiliarão na sua absolvição?

São justamente estas questões que fazem refletir e perceber a existência de uma mera formalidade no que diz respeito à ampla defesa na senda processual penal. A aparência de ampla defesa e contraditório é o que legitima o *status quo*, repetidor de injustiças seculares. Isso é o que deve ser denunciado com veemência: a adoção de um sistema garantidor que não se reproduz a não ser no discurso teórico, não se retratando no campo pragmático.

No cenário da ampla defesa, Rogério Tucci³¹ observa que esse princípio implica necessariamente no direito à informação (citação válida); na contrariedade (princípio do contraditório como decorrência da ampla defesa) e no direito à prova

³¹ TUCCI, R. L. *op cit.*, p. 205-238.

legitimamente obtida ou produzida.

X Mais uma vez nos deparamos com normas meramente formais de garantia. Talvez o cerne da problemática da crise do Direito, como um todo, seja justamente a necessidade de se - verdadeiramente - efetivar direitos e garantias.

Recente modificação no Código de Processo Penal (artigo 366) acabou por, na prática, converter todos os processos criminais, cujo réu não tenha sido citado pessoalmente nem constituído defensor, em imprescritíveis, visto que o lapso prescricional bem como os atos do processo ficarão suspensos - somente olvidou de dizer o legislador até quando - o que acaba por criar um problema de ordem prática e jurídica, no momento em que inúmeros são os processos que aguardam citação válida, empobrecendo a eficácia da justiça criminal, bem como aprisionando o réu por tempo indeterminado ao processo criminal, fato que é vedado pela constituição e, inclusive, pela legislação infraconstitucional (prescrição da pretensão punitiva estatal).

X O contraditório, por sua vez, prevê a bilateralidade dos atos processuais, que significa ter o réu sempre o direito de se manifestar quanto ao que for dito e provado pelo autor, produzindo contraprova. É, enfim, a própria exteriorização da defesa.

X São corolários desses princípios: presunção de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal); identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial (artigo 5º, LXVI da Constituição Federal); direito ao silêncio e de assistência da família e de advogado (artigo 5º, LXIII da Constituição Federal); comunicação imediata ao juiz e à família da prisão (artigo 5º, LXII da Constituição Federal); imediato relaxamento da prisão ilegal (artigo 5º, LXV da Constituição Federal); expressa previsão das hipóteses que autorizam a prisão (artigo 5º, LXI da Constituição Federal) e direito à liberdade provisória (artigo 5º, LXVI da Constituição Federal).

O estado de inocência é a consequência natural num sistema que privilegie a ampla defesa e o contraditório, afinal, somente após a regular formação da culpa, preservando e preenchendo tais requisitos, é que se pode considerar culpado quem é primariamente inocente.

Por outro lado, possuindo direito à defesa ampla e contraditória, ninguém pode ser preso senão por ordem escrita e fundamentada de um juiz ou em flagrante delito, o que restringe - e muito - as hipóteses de abuso, além de ter o direito, quando for detido, de saber quem o prendeu e quem o interrogou, justamente para poder processar criminal ou civilmente, em caso de abuso de autoridade, o órgão do Estado que descumpriu os mandamentos de sua função.

Ciente de quem o deteve, o indivíduo tem o direito e a garantia de ter assistência da família e do advogado, além do intocável direito de permanecer calado, preservando-se da auto-acusação.

Enfim, são princípios que se mesclam: a ampla defesa, que principia no momento em que o Estado dá início à sua atividade persecutória contra o indivíduo, e o contraditório, que é a possibilidade do acusado manifestar-se sempre contra o ato atentatório à sua liberdade.

Agora pergunta-se, postos estes matizes de ordem legal, - mais - constitucional, onde estão garantidos os princípios referidos dentro do procedimento criminal, principalmente no inquérito policial?

Ora, quando o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, vislumbra-se um necessário desdobramento.

Num primeiro momento, o constituinte refere a garantia dos princípios dentro do processo, o que se apresenta como pacífico. Agora, numa segunda parte, quando trata dos 'acusados em geral', necessariamente torna extremamente abrangente a aplicação dos princípios, inclusive, ao nosso entender, na tramitação do inquérito policial. Certo que nesta fase, pouco importa o que os doutrinadores possam argumentar, o indiciado é, sim, '*acusado*' (grifo nosso).

Ora, o *strepitus* do inquérito policial bem como a produção unilateral de provas, notadamente a pericial e testemunhal (principalmente no procedimento do júri) ferem as garantias asseguradas aos 'acusados em geral'. O que dizer de um processo onde a condenação tenha se alicerçado em provas técnicas produzidas na fase investigatória e não submetidas ao contraditório. Mais que isso, existem alguns autos de corpo de delito que, uma vez realizados não mais são capazes de serem repetidos, sequer para confrontação de resultados, prejudicando sobremodo o investigado e futuro réu.

Esta visão distorcida na apreciação da prova tem produzido condenações em função de indícios e outros meios de prova não tão recomendáveis. *A simples palavra 'prova' (do Latim 'probatio'), já, de per si, comporta amplas conotações, podendo significar, lato senso, verificação, ensaio, inspeção, argumento, razão, exame, conformação; - tal como o verbo 'provar' (do latim 'probare'), que é sinônimo de examinar, verificar, demonstrar, persuadir, reconhecer por experimentação, estabelecer a verdade ou a realidade*³².

Já no estrito campo jurídico 'prova' pode ser compreendida sob diversos prismas ou aspectos, dentre os quais cabe referir aquele que visualiza a prova numa tríplice perspectiva: a prova como conjunto (prova produzida); a prova quanto aos seus

³² COELHO, Walter Marcilgil. *A prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 12.

*efeitos (fatos provados ou não provados); e a prova como meio utilizado para demonstração dos fatos (prova testemunhal, pericial, indiciária etc)*³³.

2.4. Constitucionalização da prova

A visão da prova sob o caleidoscópio constitucional determina que se apliquem todos os princípios a ela referentes previstos na Constituição Federal. Ora, no momento em que se exige, para a validade e eficácia de uma lei, respeito aos mandamentos constitucionais, mais razão ainda tem o juiz em declarar sentença - especialmente a condenatória - amparado nos basilares mandamentos que a Lei Maior determina.

*Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de conseqüências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova. Quando medita sobre esses motivos, dá-se no espírito do juiz uma operação, igual a que tem lugar no de qualquer indivíduo que a respeito dos negócios do seu país procurar convencer-se da verdade de certos fatos. É sobre a certeza adquirida, ou pelo menos sobre as probabilidades mais bem fundadas, que, antes de entrarmos em relações de interesse com certas pessoas, formamos nosso juízo: esta é a base de nossas especulações de todo o gênero, quanto maior for a importância do objeto, tanto mais usamos de prudência antes de tratar, tanto mais exigimos garantias de probabilidade. Nesta indagação da verdade o espírito humano se pode comparar a uma balança posta em movimento por circunstâncias e pelas impressões que do mundo exterior se recebem; no homem residem sempre as forças necessárias para pesar os fatos*³⁴.

O trato com a prova, especialmente em matéria criminal, merece uma austera apreciação, pena de se produzir condenação com 'meras suspeitas' ou em função da convicção do julgador. Esta problemática, que se apresenta mais gritante no

³³ COELHO. Walter Margilgil. *op. cit.*, p. 13

³⁴ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 1995, p. 55.

procedimento do júri, toma relevo quando da apreciação desta 'prova' (inclusive a policial - sem qualquer restrição) é feita por um conselho de sentença elitizado.

Assim, a problemática relacionada à discrepância - existente na expressiva maioria das comunidades - entre a composição elitizada do corpo de jurados e as pessoas que são submetidas ao júri popular, pobres na expressiva maioria, é explicada das mais variadas maneiras. Na alentada obra sobre o Júri, o promotor de justiça gaúcho Thales Nilo Trein, por exemplo, não considera relevante para o deslinde dos julgamentos a questão relacionada à ideologia de classe. Para ele, a influência maior nas decisões do Júri reside na índole e na característica das comunidades em lidar com eventos delituosos e seus autores. Trein explica, assim, que em comunidades de origem alemã, sejam pobres ou ricas, pode-se facilmente verificar que os jurados, como os demais cidadãos, costuma ser mais rigorosos na cobrança do cumprimento da lei e das regras morais. "Todos os profissionais do Júri sabem disso", acrescenta³⁵.

Entretanto, salienta Streck:

Muito embora a grande probabilidade de que a opinião de Train seja majoritária no âmbito do imaginário dos operadores que lidam com e no Tribunal do Júri, é necessário, entretanto, ressaltar/lembrar que as explicações que tomam como causa esteriótipos dos mais variados tipos ou questões monádicas, não explicam - com a necessária suficiência - o que ocorre no universo fenomênico, até porque, na feliz expressão de Baratta os esteriótipos e os preconceitos, somados às 'teorias de todos os dias' (senso comum), acabam sendo desfavoráveis aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Registre-se, a propósito, que a discussão acerca das 'características dos povos', 'caracteres étnicos', 'modos próprios de ser dos povos' é antiga no Brasil. A obra de Dante Moreira Leite foi um marco histórico no processo de desmi(s)tificação das noções estereotipadas dos povos. Não foi, todavia, suficiente para acabar com essa (ainda forte) matriz ideológica que se encontra, ainda hoje, profundamente enraizada/materializada no imaginário social. Com efeito, Moreira Leite acusa a noção de 'caráter nacional' de preconceito, equívoco e obstáculo. Infelizmente, não foram suficientes alguns capítulos de

³⁵ STRECK, L. L. Tribunal do júri símbolos e rituais. p. 122.

nossa história passada e recente, desde Canudos até os quebra-quebra de trens, as lutas entre fazendeiros e posseiros, as guerrilhas, os assaltos a cada trinta minutos nas grandes metrópoles, para que a noção de, por exemplo, 'brasileiro cordial, pacífico e acomodado' caísse por terra. Sapato de pelica e sinuca, cordialidade e jeitinho... A realidade social desmente, de forma categórica, os romantismos de nossos historiadores, sociólogos e escritores³⁶.

O certo é que, embora importante, a diferença das esteoritipações são um grave problema no processo criminal, sejam elas de ordem sócio-cultural ou de ordem econômico-social. Com a 'rotulação do cliente penal' vemo-nos frente a um entrave no exercício pleno das garantias constitucionais.

Tem sido repetido até à saciedade que a natureza do processo por via de inquisição exige antes de tudo a imparcialidade do magistrado encarregado da instrução; deve ele empenhar-se menos em obter provas da culpabilidade do acusado do que pesquisar todas as que forem de utilidade para manifestação da verdade, e dar ao julgador os meios de pronunciar-se com justiça sobre o bom ou mal fundamento da imputação. Sob este aspecto a instrução é uma inteiriça, e se não pode separar a prova contrária da prova favorável ao acusado. Em todos os meios de prova que emprega, quando, por exemplo, inquire as testemunhas, deve o magistrado notar com igual cuidado tudo que em suas declarações parecer propício à defesa; e, se uma testemunha lhe sugerir a possibilidade de um fato grave, se disser, por exemplo, que o acusado é sujeito aos ataques de uma enfermidade mental deverá aprofundar, quanto possível, a verdade dessa asserção.

Essa separação perfeita das provas não se dá nem mesmo por ocasião da sentença definitiva; o juiz possui os materiais compactos que lhe ministrou a instrução; calcula a soma de dados que lhe fornecem; e, como a convicção é o resultado da luta entre o pró e contra, pesa e aprecia simultaneamente todos os diversos meios que contrapõe na

³⁶ STRECK, L. L. *Tribunal do júri símbolos e rituais*. p. 123.

causa; e, então, do resultado do seu exame forma-se a convicção. Fez o acusado alguma confissão? Antes de prestar-lhe toda a confiança tem-se de examinar os detalhes que ela encerra; compará-los com as circunstâncias de fato já estabelecidas; e, se confessando o ato, nega o acusado o dolo, sem dar formalmente a prova que isso justifique, é o tribunal obrigado, antes de proferir sentença, a pesar com exatidão todas as circunstâncias que possam fazer presumir a não existência do dolo.

Considere-se agora a prova em si mesmo, em sua natureza, concebe-se perfeitamente a divisão em prova de acusação e prova de defesa. À primeira pertence a prova dos fatos, donde resulta a existência do ato criminado, que sujeita o acusado à imposição e pena. Esta prova exige todos os esforços do magistrado de instrução; ele procurará remontar a todas as fontes que podem facilitar a verificação dos pontos de acusação; não omitirá alguma das formalidades legais, que, únicas, podem tantas vezes autorizar o juiz a considerar a prova suficiente; enfim; esclarecerá todas as dúvidas que possam tornar o resultado duvidoso³⁷.

A prova de acusação adquire maior importância por dever ser inteira e completa, para que possa haver decretação de pena; e só é plena e inteira, quando os fatos, que motivam essa decretação de pena, se tornam juridicamente certos.

No dizer de Mittermaier os principais objetivos da prova acusatória são:

A verificação do ponto de fato, isto é, da existência de todos os fatos, de que resulta a materialidade do ato criminado, a morte, por exemplo, em caso de homicídio; a verificação das características de um crime (a propinação do veneno, por exemplo); a da existência dos fatos, que se ligam ao crimes especial que se trata de punir (por exemplo, a escalada em caso de roubo).

A demonstração do haver o acusado culpadamente participado do crime.

³⁷ Para tanto, basta realizar leitura do art. 156 do Código de Processo Penal.

O exame do estado mental do acusado, e de sua vontade na ocasião do crime, a fim de que seja possível apreciar se houve dolo ou simplesmente negligência.

A manifestação da premeditação, quando for este elemento constitutivo do crime.

A indagação da direção intencional, quando puder influir no ato criminado.

A demonstração da concordância perfeita entre a intenção e os fatos criminosos, que como conseqüências lhe são atribuídos; ou da imputabilidade que, em razão destas mesmas conseqüências, se pode fazer pesar sobre a cabeça do agente³⁸.

Se as provas acusatórias devem ser pautadas por formalidades, a prova defensiva não poderia ser diferente, visto que tem, se não igual, maior relevância que a acusatória.

Assim, quando se encara a prova objetivamente, e se a considerada como sinônimo da palavra certeza, é pouco conseqüente querer opor-lhe a contra-prova. E ainda menos se justifica, mesmo com relação à apresentação da prova, esta expressão, empregada com referência ao processo criminal alemão (processo inquisitorial); porque, seria preciso supor analogias, que não existem entre ele e o processo civil, e ver também aí duas partes em oposição. Sem dúvida, no processo por acusação dos antigos podia haver uma prova de acusação, no sentido de que ao acusador incumbia a prova da imputação e uma de defesa, no sentido de que o acusado se defendia dando a prova dos fatos, que o favoreciam. Porém este sistema já não é absolutamente aplicável ao processo moderno por acusação, o qual admite um magistrado incumbido da instrução, procedendo a informação do mesmo modo que no processo inquisitorial; preocupando-se, sobretudo, com a manifestação da verdade.

³⁸ MITTERMAIER, C. J. A. *op. cit.*, p. 126-127.

2.5. Prova ilícita

Ainda temos de enfrentar a questão da prova ilícita que, embora de vedação constitucional, é muito discutida e analisada, principalmente a doutrina alienígena. Essa discussão tem provocado debates acalorados, notadamente porque não ter provas via de regra, equivale, processualmente, a não ter direito.

Trata-se de matéria atual não somente porque vivemos numa época de violência, em que todos os métodos, muitas vezes passam a ser válidos desde que alcancem o fim visado, como também pelo avanço galopante da moderna tecnologia eletrônica, oferecendo inúmeros engenhos novos para a espionagem.

A Constituição Federal determina, expressamente, no artigo 5º, X e LVI, sendo que este último estabelece que: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Ora, todos os atos praticados pelo Estado gozam da presunção da legalidade e moralidade não se aceitando de parte de seus agentes a utilização de meios condenáveis.

O combate ao delinquente, a perseguição ao infrator e a aplicação de sanções aos criminosos exige do Estado de Direito métodos e princípios moralmente inatacáveis, sob pena de, em adotando provas ilícitas, ombrear, estrategicamente, com os marginais.

Em legislações alienígenas, como o VERHÄLTNISMÄSSIGKEITSPRINZIP, na Alemanha, ou o REASONABLENESS, nos Estados Unidos, foi denominado por Camargo Aranha, no Brasil, como princípio do INTERESSE PREPONDERANTE.

Com estribo neste princípio, os tribunais alemães, em caráter excepcional, têm admitido a prova obtida com violação ao mandamento constitucional, desde que esta obtenção, bem como a admissibilidade desta prova, seja considerada como única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais e tidos como mais urgentes na concreta avaliação dos julgadores³⁹.

Mostra-se que este princípio da proporcionalidade reúne na visão constitucional a ilicitude material e a inadmissibilidade processual da prova e, a despeito da violação constitucional, admite a prova ilícita para corrigir possíveis distorções ou para evitar resultados desproporcionais, injustos e até repugnantes.

Trata-se, portanto, de uma exceção aos princípios constitucionais que vedam a prova ilícita, baseada num equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes. O princípio da proporcionalidade reconhece a inconstitucionalidade da prova ilícita, entretanto, permite ao julgador cotejar a aceitação pura e simples das garantias constitucionais, fulminando a prova ilícita, e a admissão da prova ilícita, sacrificando algum valor insculpido na constituição, para escolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça.

Imagine-se a hipótese em que uma correspondência furtada pode servir de prova absolutória. Sua não utilização poderia levar alguém a responder por anos e anos de cadeia, nada obstante o fato de estar-se diante de um elemento material absolutamente controlador da inocência do acusado.

Certo é que a grande maioria da doutrina se inclina para a simples inadmissão da prova ilícita no processo. Contudo, inobstante o grupo diminuto dos que patrocinam, em regra, a admissão da prova ilícita, é substancial a corrente doutrinária que,

³⁹ BERGMANN, Érico. *Prova ilícita a Constituição de 1988 e o princípio da proporcionalidade*. Estudos MP5. Porto Alegre: ESMP, 1992, p. 16.

fugindo de soluções radicais e extremadas, adota um critério mais matizado e leva em conta as peculiaridades do caso concreto, oportunizando ao juiz a possibilidade de balancear, sopesando o interesse em causa em consonância com o chamado princípio da proporcionalidade ou do interesse preponderante.

Infelizmente, no Brasil este princípio ainda está longe de ser aplicado, na apelação crime no. 687064600 da 1ª Câm. Criminal do TJRS, o des. Marco Aurélio de Oliveira, proferiu voto nos seguintes termos:

Sr. Presidente. Impressiona-me muito a posição do eminente Des. Ladislau Röhnelt a respeito da chamada prova ilícita. Aqui, no caso, poder-se-ia considerar ter havido uma prova bastante razoável para demonstrar que os policiais seviciaram o acusado; mas essa prova ilícita só pode ensejar o reconhecimento da absolvição, quando for a única em que se possa basear a condenação. Ora, no caso, houve judicialização do depoimento dos policiais que fizeram o flagrante, passando pelo crivo do contraditório. Os depoimentos são coerentes e não vejo em que se possa contrariar a certeza, aliás, inabalável do douto magistrado de 1º grau, quando pronunciou a culpabilidade do réu.

O relator, des. Paulo Torres Barcellos, no mesmo acórdão acima indicado, esclarece:

(...) Mas, ainda que provado que alguns policiais tivessem obtido a confissão mediante maus tratos nem por isso o crime ficaria apagado. Apenas os policiais iriam responder a processo ().

Respeitando-se o entendimento dos nobres julgadores, temos que entendimento diverso seria de melhor alvitre, já que os seguidores de doutrina diversa consideram admissíveis, no processo, as provas ilícitas, isto é, as provas obtidas através da violação de normas materiais, enquanto seriam inadmissíveis tão somente as provas ilegítimas porque afrontam o ordenamento processual.

A prova ilícita validamente introduzida no processo deve ser admitida, punindo-se, contudo quem agir '*contra ius*'. Aplica-se ao ofensor da norma material a sanção correspondente.

Por conseguinte, inexistindo no direito processual vedação para a inclusão, no processo, de provas obtidas através de violação do direito material, não há como recusar a aludida prova ilícita que ocasiona meras consequências extraprocessuais.

Observe-se o exemplo da testemunha que vai prestar depoimento sobre o que viu dentro de uma casa na qual foi introduzida com a finalidade deliberada de testemunhar no futuro.

Surge daí o adágio: '*MALE CAPTUM BENE RETENTUM*'.

2.6. Confissão policial como meio de prova

Vários doutrinadores têm apreciado esta controvertida matéria. Como salientado anteriormente, especialmente no Rio Grande do Sul, diversos julgadores de segundo grau estão se inclinando para a aceitação da confissão judicial desde que coadunada com outros aportes probatórios.

Vemos com simpatia o exemplo trazido por Amilton de Carvalho. O professor nos convida a fazer a seguinte digressão: Escolha o juiz de sua mais inteira confiança. Coloque-o na sala de audiências, para interrogatório, acompanhado do promotor e de uma dezena de estudantes de direito que, para realizar trabalho de aula, estão acompanhando atos forenses. Entretanto, a figura do advogado foi olvidada.

Seguramente este ato estaria eivado de nulidade face ao evidente prejuízo da defesa pela falta do profissional habilitado a acompanhar o acusado nesta oportunidade.

Agora, uma confissão arrancada nas sombras de uma delegacia, às portas fechadas, sem qualquer oportunidade de defesa é, no mais das vezes, apontada como razão de decidir de magistrados e desembargadores.

Pouco importa se esta confissão policial tenha que se fazer acompanhar de outros elementos de convicção. O certo é que, como sempre defende Carvalho, a prova policial é imprestável, exceto para oferecer aportes ao julgador para o recebimento da inicial, única e exclusivamente par este fim.

Não é a toa que o referido desembargador é voz solitária no trato com a prova policial dentro do processo.

Outro acórdão merece ser analisado sobre o entendimento do doutrinador⁴⁰:

*ROUBO. IMPRESTIBILIDADE DA 'CONFISSÃO POLICIAL'.
ABSOLVIÇÃO DECRETADA.*

De logo, consigno que a pobreza franciscana da inicial de acusação beira à inépcia. O inquérito policial (cuja finalidade maior é exatamente fornecer elementos ao órgão acusador) é rico nas circunstâncias, todavia, o obrar acusatório ficou no telegráfico e periférico.

Como se vê da instrução, nada foi apreendido em poder do acusado e as duas vítimas inquiridas - a do dano patrimonial e a da ameaça - em momento algum lograram reconhecer o apelante como autor do crime. Outrossim, na fase judicial o acusado negou a autoria.

Nota-se, pois, de imediato, que a prova judicializada - a única que pode gerar convicção condenatória - nada carrega de útil no que atine à autoria.

Que há, então, contra o apelante? A sua 'confissão policial', com apoio na palavra, também policial, dos outros dois ditos comparsas (aliás, aqui o esteio condenatório monocrático).

A questão que surge, em consequência, é saber se tal 'prova' autoriza condenação. Tenho que não!

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime 698141561. 5ª Câmara criminal TJ-RS. Rel. Des. Hamilton Bueno de Carvalho.

A única prova hábil a gerar certeza é aquela coletada perante autoridade equidistante, com sóbria fiscalização das partes, no espaço público. Aliás, o inverso, onde vigora o segredo e a busca da verdade máxima a qualquer preço, se situa no sistema inquisitorial vigente na idade média.

Por outro lado, no plano da técnica, sequer se pode falar em 'confissão policial' - por todos, ver Sérgio Demoro Hamilton, 'O Desvalor da confissão policial', Doutrina, Ed. LUAM, 1996, 1º, p. 79/88.

Repito, é temerário e inaceitável levar um cidadão (seja quem for, seja qual o delito cometido) a presídio com base em elementos vindos da fase negra (ou seja, sem as garantias do devido processo legal), que são coletados (e todos sabemos disso) de forma absolutamente confusa, com fuga da publicidade que para Ferrajoli é a primeira das garantias, eis porque tudo deve 'produzir-se a luz del sol, bajo el control de la opinión pública'. E Ferrajoli cita Betham: 'La publicidad es la alma de la justicia... cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado' ('Derecho y Razón', p. 616/617, ed. Trotta, Madrid, 1995).

Assim, a prova é frágil para autorizar condenação (e prova, ensina Afranio Silva Jardim, só o é aquela que vem do contraditório - 'Direito Processual Penal', Forense, 6ª ed., p. 209, logo o que vem da Delegacia de Polícia sequer prova é). O órgão de acusação não se desincumbiu a contento do ônus que se lhe impunha - provar, sob 'la luz del sol', a hipótese da denúncia. O resultado da ação penal, no meu sentir, deveria ter sido o absolutório.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo para absolver-se o apelante com base no art. 386, VI, do CPP. Custas pelo Estado.

Des. ARAMIS NASSIF - Revisor: De acordo.

Des. LUIS GONZAGA DA SILVA MOURA: De acordo.

Com efeito, a necessidade de se reformular o inquérito policial mostra-se inatacável. E, antes disso, urgente medida deve ser adotada pelos aplicadores do direito, qual seja, a devida valoração às peças policiais, resumindo, nenhuma.

CAPÍTULO III

INQUÉRITO POLICIAL

3.1. Antecedentes históricos

3.1.1. A polícia na história antiga

A História Antiga não permite a análise científica das primeiras organizações policiais. Jean-François Champollion (1790-1832), orientalista francês que decifrou os hieróglifos egípcios e autor das 'Cartas sobre o Egito e a Núbia' narra a existência, naquela região, desde os tempos remotos, de uma polícia repressiva e auxiliar da instrução pública (com julgamento secreto), cuja acusação era dever cívico das testemunhas. Menés, primeiro Rei do Egito e unificador do país dizia que a polícia é o *principal e o maior bem de um povo*⁴¹. Os antigos gregos dispunham de um processo onde havia um direito popular de acusação ao magistrado que pedia indícios e testemunhas dos fatos, impondo caução para que o acusador não desistisse do feito. Já conheciam os gregos os institutos da prisão preventiva e liberdade provisória e restringiam o direito de acusação quando determinava infração lesava mais o interesse particular do que os da sociedade. Os Hebreus sentiram a necessidade de uma guarda constante nos depósitos de alimentação enquanto vagueavam pelo deserto. Já em Jerusalém, dividiram a cidade em quatro partes e confiaram a vigilância delas a um Intendente de Polícia. Os romanos evoluíram de uma

⁴¹ VIEIRA, Hermes. *Formação histórica da polícia de São Paulo*. São Paulo: Ledur, 1965, p. 2.

polícia sem qualquer organização para uma força repressiva sujeita à forma solene. Ao longo de sua história, podemos identificar diferentes estruturas voltadas para as atribuições de polícia:

510 a.C - Queda da Monarquia - Estabelecimento da República. Senado e o Povo exercem a jurisdição criminal, sendo o Cônsul um magistrado, eleito por um ano. Este Cônsul partilhava com outro o poder de exercer as atribuições de polícia.

388 a.C - Surgem o Pretor, como magistrado e encarregado da justiça e os inspetores, como auxiliares de polícia.

300 a.C - admissão da plebe em todas as magistraturas. Formação da administração em triunvirato (associação de três políticos para o exercício da autoridade). O princípio estendia-se, inclusive, à segurança pública.

31 a.C - Otaviano assume o nome de Augusto e passa a governar como Imperador, sob aparência republicana. Surgem o “profectus vigilum” e o “profectus urbi”, que conheciam dos crimes que não eram punidos com pena capital e eram assistidos por quatorze curadores. Subordinando-se aos curadores, estavam os agentes policiais que deveriam investigar os crimes e prender os autores, proceder a interrogatórios, buscas e apreensões e esclarecer tudo formalmente e por escrito, remetendo os autos à autoridade competente.

Antes dele, a história registra o advento do sistema contraditório, já conhecido nas remotas legislações orientais. Explica-se essa antecipação porque entre aqueles povos não se concebia a hipótese de apuração e punição de crime, senão por iniciativa privada. Daí a presença antagônica de interesses em conflito.

É certo que as legislações grega e romana, a despeito de algumas evoluções,

sofreram a influência desse sistema e o vicejaram com mais despotismo. Dele se serviram, mais tarde, os povos germânicos, que o alimentariam por muito tempo. Resquícios disso ficaram no sistema histórico da ação policial, adotado, ainda, em algumas legislações.

Nos dizeres do saudoso Galdino Siqueira:

A polícia tem por fim garantir a ordem social e a segurança pública; mas para isso a lei precisa de agentes, cujas funções não podem ser completamente separadas das funções judiciárias; além das circunstâncias de território e de tempo, a lei, não podendo apropriar suas prescrições a tantas necessidades a cargo da polícia, deixará sempre à sua ação não só alguma coisa de judiciário como alguma coisa de arbitrário⁴².

Entretanto, esse sistema acusatório foi substituído, mais tarde, pelo inquisitório, e o vemos no direito romano e no egípcio, atingindo depois sua maturidade no direito canônico. Daí o advento do chamado Tribunal da Santa Inquisição, tão sigiloso e unidirecional quanto rigoroso e implacável

3.1.2. A polícia na idade média

A polícia espanhola estava organizada já no século XI, através das 'hermandades' que se dedicavam a perseguir os criminosos;

A polícia inglesa atuava através dos 'constables' no século XII. É conhecida a história não comprovada de 'Robin Hood', que serve para ilustrar, entretanto, a existência dos 'ladrões de estrada' e da força policial dos feudos, organizada e comandada pelos 'xerifes'.

A edição da 'Magna Charta Liberium', pela qual o Rei inglês João-Sem-Terra, comprometeu-se a respeitar as liberdades fundamentais:

⁴² SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. São Paulo: Saraiva, 1910, p. 61.

Nenhum homem pode ser detido, nem encarcerado, nem atacado de forma alguma, a não ser em virtude de uma sentença regular ditada por seus pares e segundo a lei do país.

A organização policial portuguesa pode ser identificada já no ano de 1020, baseada em documento conhecido como 'Feuro de Leon', quando D. Afonso V, Rei de Castella, estabeleceu e implantou regras de administração policial, entre outras, para serem obedecidas na cidade de Leão e que foram observadas em outras vilas e lugares. D. Diniz, em 1279, ordenou a Lei das Pontarias que previa a possibilidade da prisão dos malfeitores por Alcaides, Juízes, Alvazis, Comendadores e Meirinhos. O Rei Fernando I, de Portugal (1367-1383), criou em 12 de setembro de 1383 o 'Regimento de Quadrilheiros' com o objetivo de conter os assaltos nas estradas. No final deste período histórico, em 1446, surgem as ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manoelinas (1521-1603) e Filipinas (1603-1867), todas as legislações que trataram do processo penal. Na época do descobrimento do Brasil, estavam em vigor, em Portugal, as Ordenações Afonsinas.

3.1.3. A era moderna e a contemporânea

Fato histórico relevante ocorrido no período da Idade Moderna (1453-1789) é o surgimento, em 1670, do 'sistema processual misto' ou 'acusatório formal', composto de uma investigação preliminar e um posterior juízo contraditório, através da Ordenança Criminal de Luiz XIX.

A história recente possibilita a análise clara de que a polícia evoluiu à condição científica experimentada em todo mundo. Com característica investigativa evidente, esclarecendo infrações penais e sua autoria, a polícia afastou-se dos conceitos repressivos. A criminologia reconhecida como ciência e integrada às atividades policiais, o

reconhecimento do impacto do meio sobre o homem e o estímulo à educação social como fator preventivo da criminalidade, são alguns aspectos que modificaram o trabalho policial.

Podemos registrar alguns fatos contemporâneos (1789 até nossos dias) relevantes ao estudo da evolução histórica da Polícia:

Napoleão estabelece definitivamente o sistema acusatório formal, através do Código de Instrução criminal de 1808, logo difundido por toda a Europa e chegando à América Latina através da Venezuela.

Em 1829, na Inglaterra, policiais passaram a patrulhar as ruas de Londres em trajes civis, com objetivo de convencer ao povo de que não eram soldados e sim homens do próprio povo encarregados de sua proteção. Em 1842, alguns policiais abandonaram definitivamente os uniformes para assumirem as funções de investigadores.

Em 1851, é instituído o Código de Processo Penal Suíço, que descreve as atribuições de polícia judiciária, como o de reunir as provas e entregar os indiciados à autoridade judiciária e tomar as precauções para a preservação dos vestígios no local do crime.

Em 1933, nos Estados Unidos da América identificou-se pela primeira vez a expressão 'Crime Organizado', com o surgimento dos 'gangsters' e quadrilhas que financiavam a prática de crime visando vantagens patrimoniais. É célebre a história de Al Capone e da reação do governo norte-americano que formou uma estrutura repressiva com competência federal para reprimir o crime organizado (Federal Bureau of Investigations - FBI).

Na Espanha, em 15 de março de 1940, houve a fusão da 'Guardia Civil' com os 'Carabineros', dando origem ao 'Cuerpo de La Guardia Civil', com missão

policial, rural e fiscal.

O tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; a informatização em todos os níveis (correio eletrônico, Internet, BBS); os crimes econômicos entre nações; o aumento da população mundial; a comercialização de material bélico (notadamente armas portáteis); a facilidade das comunicações das quadrilhas internacionais; o sistema financeiro mundial comprometido com as atividades ilícitas e a falsificação de moeda são alguns exemplos de macrocriminalidade que os governos enfrentam atualmente, sem considerar as questões domésticas envolvendo violência contra a pessoa, a vida e o patrimônio. A recente edição de legislação brasileira específica para o combate ao crime organizado acompanha a tendência de repressão científica às questões criminais que extrapolam as atividades isoladas e praticamente inevitáveis.

3.1.4. A polícia judiciária no Brasil

O Brasil foi praticamente abandonado por Portugal nos primeiros trinta anos de seu descobrimento, tendo o Rei Dom Manuel providenciado tão-somente a instalação de algumas 'Feitorias' que garantiam a posse e serviam para o reabastecimento de navios e para fiscalizar e inibir a ocorrência de contrabando, num rudimentar sistema policial que se confundia com a defesa econômico-militar da terra.

Somente em 1530, decidiu o Rei Dom João III enviar uma expedição ao Brasil, com três missões: explorar a costa, desde o maranhão até o rio da Prata, impedir o comércio dos outros países europeus e fundar as primeiras Vilas, com objetivo de colonização.

Tomé de Souza foi nomeado Governador-Geral e o Regimento de 17 de dezembro de 1548 vigorou por mais de um século, até a consolidação de toda a legislação

(Carta Régias, Alvarás e Provisões), em 23 de janeiro de 1677. A atuação administrativa de Tomé de Souza disciplinou e consolidou os pontos defensivos do litoral, proporcionando a efetiva formação e fixação de populações no território brasileiro. Nesta fase histórica, a ação militar em defesa da posse, a função policial e a função de julgar não estavam separadas. Subordinados aos Juizes ordinários estavam os 'Meirinhos', com função de oficial de justiça; os 'Jurados', que prestavam juramento e passavam a cumprir os deveres de polícia e os 'Vintaneiros', que eram os policiais das localidades. Os 'Quadrilheiros' faziam o policiamento interno das Vilas, em favor da ordem pública. Havia ainda o 'Alcaide' e os 'Carceneiros'.

As invasões napoleônicas no continente europeu acarretaram a vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, fato histórico consolidado em 22 de janeiro de 1808. O rápido crescimento das atividades econômicas e sociais determinou a necessidade da organização dos serviços policiais. A legislação processual penal brasileira evoluiu da seguinte maneira:

Alvará do Rei de Portugal, de 25 de junho de 1770 - Regulou a atividade policial preventiva e repressiva. O Alvará utilizou as expressões 'Delegados de província', 'comissários constituídos nas cabeças das Comarcas', 'réus de delito' e 'autuando-os os em processos'.

Alvará do Rei de Portugal, de 15 de janeiro de 1780 - Dispôs sobre a polícia de segurança e tranqüilidade pública e uma verdadeira polícia.

Alvará de 10 de maio de 1808 - Criou a Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, para o cumprimento de normas da legislação criminal, empregando o vocábulo 'Delegado' para designar a autoridade policial da Província, que

representava o Intendente Geral. Ratificou e fez observar no Brasil os dois Alvarás editados em Portugal e referidos anteriormente.

O primeiro registro histórico associado à Polícia Militar é datado de 13 de maio de 1809, praticamente um ano após a criação da polícia judiciária, quando foi instituída a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia para *prover a segurança e tranqüilidade desta heróica e mui leal cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro*. Muito tempo depois, o Ato Adicional à Constituição, promulgado em 25 de março de 1824, instituiu a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e dos demais Estados, com características de milícias particulares dos Presidentes de Províncias. A justificativa do Príncipe Regente para a criação da Divisão Militar da Guarda Real de Polícia afirmava que deveria ter *possível semelhança daquela que com tão reconhecidas vantagens estabelecida em Lisboa*.

Outro fato importante é a edição do Código de Processo Criminal do Império. Neste período, proclamada a independência e organizado constitucionalmente o país, passaram a encontrar azo, no direito pátrio, todas as idéias liberais que vieram a substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo. O Código de 1832 estabeleceu, primeiro, normas de organização judiciária, mantendo a divisão territorial do país em distritos, termos e comarcas. Em cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, inspetores de quartirão e oficiais de justiça; nos termos, um Conselho de Jurados, um juiz municipal, um promotor público, escrivão das execuções e oficiais de justiça; nas comarcas um juiz de direito ou mais, conforme a população.

Os juízes de paz eram eleitos pelo povo, os inspetores de quartirão e escrivães, nomeados pela câmara municipal. Os juízes municipais e promotores da Corte eram nomeados pelo Governo e, nas províncias, pelos respectivos presidentes, sob

proposta das câmaras municipais, em listas tríplices, trienalmente feitas. Por fim, a nomeação dos juízes de direito cabia ao Imperador. Todo o cidadão de bom senso e probidade, apto a ser eleitor, podia servir no júri. Fazia-se, anualmente, o alistamento dos jurados, por intermédio de uma junta constituída do juiz de paz, do pároco e do presidente da câmara municipal.

Na ocasião, a exemplo do direito anglo-saxão, foi instituído o grande e pequeno júri: o primeiro decidia sobre a admissibilidade da acusação, o segundo sobre a procedência desta, pelo que era nominado de Júri de Sentença.

O período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolaram o país entre 1830 e 1840, provocou a reação monárquico-conservadora, notadamente na organização judiciária e policial, visto que o sistema adotado pelo Código de 1832 se apresentava pouco eficiente para restaurar, definitivamente, a ordem e a tranquilidade. Daí a promulgação da Lei de 3 de dezembro e o seu regimento de 31 de dezembro de 1842 - como instrumentos e meios para o Governo Imperial debelar a desordem e impor a sua autoridade em todos os quadrantes da nação.

Esta lei procurou, assim, criar um aparelhamento policial altamente centralizado, e armar o governo com poderes bastantes para levar a bom termo a tarefa a que se propunha, ou seja, de tornar efetiva a autoridade legal. Entretanto, no seu policialismo exagerado, foi além do que exigia a situação, fortalecendo, com isso, o reacionarismo político. Agora, sob o aspecto unicamente processual, não apresentava qualquer espírito odioso de antiliberalismo, tanto que o Senador SILVEIRA DA MOTTA, em discurso do dia 27 de julho de 1871, sobre o referido estatuto, disse, com muita justeza o seguinte:

Eu a distingo como lei de processo e como lei política de organização judiciária. Como lei de processo, como lei de

instrução criminal, ela merece a meu ver até elogios, porque completou algumas disposições que tínhamos no Código de Processo Criminal. O defeito desta lei não está nos artigos que estabelecem os trâmites do processo criminal, está na organização política que deu ao Poder Judiciário, subordinado-o ao Governo e absorvendo-o.

Do mesmo sentir era JOÃO MENDES JÚNIOR, in verbis:

Em relação ao processo criminal de 1832, revogado o Livro V das Ordenações Filipinas, aliás já depois de abolidas as devassas; posteriormente contemplamos a reação conservadora, que produziu a Lei de 3 de dezembro, a qual, conquanto tivesse conferido à polícia atribuições judiciárias, não deixou de manter com acidentes e úteis modificações as mesmas formas do processo, sendo que até desenvolveu os recursos⁴³.

A Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, instituiu o Código de Processo Penal do Império e criou no município da Corte e em todas as Províncias, um Chefe de Polícia e os respectivos Delegados de Polícia e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, com a competência de *vigiar e providenciar sobre tudo que pertence à prevenção dos delitos e manutenção da segurança e tranqüilidade pública e remeter todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e suas circunstâncias.*

Os chefes de polícia eram conservados no cargo enquanto bem servissem e o Governo julgasse conveniente. Os delegados idem, com a circunstância de que além do Governo, na Corte, também os presidentes de província podiam julgar ou não conveniente a sua conservação no cargo. O mesmo acontecia com os subdelegados. E como todas estas autoridades policiais, além das funções normais da polícia judiciária tinham competência para a formação de culpa (regimento n° 120, art. 198, § 5°), vigorava o policialismo mais arbitrário em matéria de processo criminal. Isto levou alguns críticos a sustentar que

⁴³ MENDES JÚNIOR, João. *Direito judiciário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1918, p. 370.

enquanto na França eram dadas atribuições policiais aos juízes de instrução, no Brasil se davam atribuições de judicatura aos funcionários policiais (grifado).

O Decreto 120, de 31 de janeiro de 1842, que regulamentou a Lei 261, mencionou expressamente a ‘competência da polícia judiciária’, entre as quais de julgar crimes de menor potencial ofensivo, adotando uma política nacional de segurança pública. No Art. 10, criou a Delegacia de Polícia como hoje a conhecemos, quando afirmou que *Na Corte e nas capitais das Províncias, mencionadas no art. 5º, haverá uma casa privativamente destinada para o expediente ordinário da polícia.*

O Decreto 1.746, de 16 de abril de 1856, regulamentou a *Secretaria de Polícia da Corte*⁴⁴.

Já no ano de 1871, houve nova Reforma Processual, através da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871 e do Decreto 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, separando a polícia judiciária da Justiça e instituindo o Inquérito Policial, como diligência necessária à denúncia ou à queixa e que consistia *em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.*

Decreto 50-A, de 07 de dezembro de 1889, criou o Conselho de Intendência Municipal e dispôs sobre segurança, polícia administrativa, inspetor de quartelão e sobre o processo de contravenção.

Decreto 200-A, de 08 de fevereiro de 1890, instituiu o Regulamento Eleitoral e mandou que as Comissões Eleitorais das Comarcas fossem integradas pelo Juiz Municipal, pelo Presidente da Câmara e pelo Delegado de Polícia.

⁴⁴ PEREIRA, Murilo de Macedo e outros. A atividade policial, o delegado de polícia e o controle do MP. *Revista da ADPESP*, São Paulo, n. 19, p. 42, 1994.

Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu o Código Penal. Este diploma legislativo trazia algumas inovações importantes sobre a matéria penal, principalmente no tocante à ação.

Promulgada a Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, revigoradas ficaram as garantias processuais já existente. O instituto do habeas corpus, transformado em garantia constitucional, ganhou amplitude até então desconhecida. O art. 72, § 31 da nova Constituição declarava, ainda, mantida a instituição do júri.

A Lei básica da República, porém, quebrou a unidade do direito processual pátrio, dando a cada unidade federativa a competência para legislar sobre o processo civil e criminal e também sobre organização das respectivas justiças. O golpe dado na unidade processual não trouxe nenhuma vantagem para as instituições jurídicas nacionais, ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvidas, prejudicou a aplicação da lei penal.

Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação de culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação de culpa; inquérito policial servindo de instrumento da denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude de defesa nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal de acordo com o que dispunha o art. 407 do Código Penal.

Postos em vigor os vários códigos estaduais, os mais diversos princípios foram adotados. Enquanto alguns códigos se mantinham fiéis àqueles postulados jurídico-processuais, outros deles se afastavam, ou porque tornassem a formação de culpa secreta, ou

*porque suprimissem o inquérito policial, ou porque restringissem cada vez as atribuições do Júri, ou porque configurassem sob forma contraditória plena toda a formação da culpa*⁴⁵.

A revolução de 1930, depois de vitoriosa, manteve em vigor o regime pluralista que encontrara, tanto que uma das subcomissões criadas pelo decreto nº 19.684, de 10 e fevereiro de 1931, destinava-se a reforma do Código de Processo Penal do Distrito Federal. Compunham a comissão os lustres juristas Astolfo de Resende, Vicente Piragibe, Edgar Costa, Nelson Hungria e Cândido de Oliveira Filho.

Em 15 de agosto de 1935, foi apresentado o projeto da comissão de estudos para reforma do Código de Processo Penal cujas tendências eram, principalmente: a restrição progressiva do instituto do Júri; abolição do inquérito policial; equivalência de direitos, da sociedade e do acusado, no curso do processo.

No projeto de 1935 encontravam-se cristalizada essas tendências. Segundo a Exposição de Motivos do ministro VICENTE RAÓ: *dão feitio peculiar ao projeto estas inovações principais: **suprime o inquérito policial** (grifado) e, em consequência, institui o juizado de instrução; regula a produção da prova, em contraditório regular, perante o juiz processante conferindo as mais seguras garantias de defesa; simplifica a ação penal que se uniformiza o tanto quanto possível.* Neste projeto somente as atribuições do Júri é que não foram atingidas, que deixou a cargo dos Estados, em obediência à Constituição, tudo o que se referisse à competência *ratione materiae* (projeto, art. 83).

Sem sombra de dúvidas, a mais importante inovação do projeto era a previsão do juizado de instrução. Apesar das críticas que sofreu, foi com muito equilíbrio que o projeto disciplinou a matéria, mantendo a polícia judiciária ao lado do juiz instrutor,

⁴⁵ MENDES JÚNIOR, J. *op. cit.*, p. 388.

com a função investigatória que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada com a participação do juiz.

A Constituição promulgada, com o golpe de estado de 10 de novembro de 1937, impediu que a discussão e aprovação do projeto Vicente Raó fosse levado adiante. Todavia, tendo mantido a unidade processual, restaurada em 16 de julho de 1934, se pôs o Governo na contingência de elaborar em Código de Processo Penal para vigorar em todo o país. Por isso nomeada comissão para tal.

Antes de iniciar os trabalhos pertinentes ao código, a comissão, de que faziam parte os Drs. NARCÉLIO DE QUEIRÓS, CÂNDIDO MENDES, VIEIRA BRAGA, ROBERTO LYRA e NELSON HUNGRIA, elaborou projeto sobre a instituição do júri que se transformou no Decreto-lei 167, de 5 de janeiro de 1938. A lei que instituiu o júri foi o primeiro diploma de processo penal elaborado para todo o Brasil, após a unificação do direito processual. Apenas para constar, o referido decreto, além de deixar ao júri um pequeno número de crimes (competência), tornou controlável pela jurisdição de segundo grau os veredictos do jurados. Com isso, foi concedida *aos tribunais de apelação a faculdade de réformar as decisões do Júri quando manifestamente contrárias às provas dos autos. (Exposição de Motivos do Dec-lei 167).*

Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, estabeleceu o Código de Processo Penal e a Lei 3.931, de 11 de dezembro de 1941, que dispôs sobre a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

O novo código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871: em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória, separando de vez as funções de julgador e acusador, eliminando, quase por

completo o famigerado procedimento *ex officio*, que permaneceu nas contravenções; restringiu ainda mais a competência do júri e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório.

Infelizmente, a comissão que elaborou o projeto que se transformou no atual Código de Processo Penal, não soube dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal. Permaneceu estacionária, por isso, a legislação processual penal, enquanto em outros setores a renovação legislativa se operava em alto grau. Continuamos atrelados, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil. O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e ultrapassado aparece na crise em que se encontra a Justiça criminal hodiernamente, na totalidade do território nacional.

Além disso, o Código de Processo Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo da Itália facista, esqueceram nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais do processo penal e, sob pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

É de lamentar, ainda, a adoção de prisão preventiva obrigatória, no tocante a alguns delitos, bem como princípios draconianos que consagrou o réu ausente ou revel. Quanto à prisão preventiva, os artigos que a regula tiveram redação modificada: art. 311 pela Lei 5.349/67; art. 312 pela Lei 8.884/94; art. 313 pela Lei 6.416/77; arts. 314, 315 e 316 pela Lei 5.349/67. Felizmente, nos dias de hoje o pensamento do ilustre professor José Frederico Marques, que condena a prisão preventiva obrigatória, encontrou guarida, sendo

regra hoje, onde o acusado aguarda em liberdade o curso do processo, constituindo-se a prisão preventiva uma exceção, por ser medida odiosa e extrema.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1941, instituiu o Código Penal Brasileiro; Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, estabeleceu a Lei de Contravenções Penais e o Decreto-Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941, dispôs sobre a Lei de Introdução do Código Penal e à Lei de Contravenções Penais.

Decreto 66.862/70 e os Decreto-Lei 667 e 1.072/69 impuseram a formação de uma polícia civil e de uma polícia militar, a primeira com função de polícia judiciária e a segunda, fardada e reserva do Exército, para exercer o policiamento ostensivo.

A Constituição da República Federativa do Brasil - 1988, utiliza todo Capítulo III para tratar da "Segurança Pública". No Art. 144, estabelece:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal

II - polícia rodoviária federal

III - polícia ferroviária federal

IV - polícias civis

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Mais adiante, no seu parágrafo 4º, estabelece a competência da polícia civil:

Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A história policial brasileira tende à compreensão de que houve um rápido amadurecimento quanto à legislação processual penal. Abreviando-se os caminhos percorridos pela pátria-mãe. De fato, quando da edição do Alvará de 10 de maio de 1808 (que instituiu no Brasil a Polícia Judiciária, o Delegado de Polícia e seus agentes), Portugal já havia passado por longa experiência legislativa com as Ordenações Afonsinas, Filipinas e Manoelinas.

A divisão ou separação da função de polícia judiciária (investigar profissional e cientificamente para esclarecer a verdade) da função jurisdicional (julgar), foi característica marcante adotada pela legislação brasileira ainda no século XIX, quando foi criado o inquérito policial como instrução prévia na apuração de infrações penais. O inquérito policial foi mantido em todas as alterações processuais penais havidas desde então. A mais forte pressão que o inquérito policial sofreu data de 1936, quando Vicent e Raó era Ministro da Justiça e foi organizado anteprojeto para um novo Código de Processo Penal. A respectiva exposição de motivos mencionava:

*Retira-se à polícia, por essa forma, a função que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim colher provas sem valor legal; conserva-se-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada pela co-participação do juiz, sem o que, o resultado das diligências não pode, nem deve ter valor probatório*⁴⁶.

O inquérito policial foi, entretanto, mantido na legislação processual penal, sob a argumentação textual de sua exposição de motivos:

(...) porque é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão do conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos 'a priori', ou por sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para

⁴⁶ ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 24.

que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução, mas no nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

Passados quase 130 anos de inquérito policial na âmbito brasileiro, já que previsto em 1871, deparamo-nos com a necessidade de rediscutir e traçar novas metas e nortes para o instituto. Porém de uma coisa nem os Delegados de Polícia, os Promotores de Justiça ou os Magistrados divergem: Carece de nova definição jurídica, atrelado ao novo ordenamento jurídico (pós Constituição de 1988), e de reformulação a investigação criminal. Visa-se a necessidade de respeito às garantias individuais previstas na Carta Magna bem como a otimização da apuração de atos infracionais sejam uma realidade neste rediscutir do inquérito policial.

Mas afinal, o que é o inquérito policial? No sistema italiano, como salienta José Guilherme Raimundo⁴⁷: *O juiz instrutor é um Promotor de Justiça, pois tanto o Juiz julgador como o Juiz instrutor pertencem ao Poder Judiciário, ambos são magistrados. Dessa forma, o processo é somente um e o juiz instrutor coordena a polícia, determinando as diligências necessárias, instruindo o processo, fazendo o papel do delegado, porém, com muito mais poder, estando em igualdade com o juiz julgador.* No sistema americano, como veremos mais detidamente adiante, funciona de modo semelhante.

O vocábulo polícia, do grego politéia - de pólis (cidade) - significou, a princípio, o ordenamento jurídico do Estado, governo da cidade e, até mesmo, a arte de governar. Em Roma, o termo politia adquiriu um sentido todo especial, significando a ação do governo no sentido 'de manter a ordem pública, a tranqüilidade e paz interna'; posteriormente passou a indicar 'o próprio órgão estatal incumbido de zelar sobre a segurança dos cidadãos'⁴⁸.

⁴⁷ RAIMUNDO, José Guilherme. *Inquérito policial - procedimentos administrativos e ação penal*. São Paulo: Leud, 2000. p. 49.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995, p. 185.

O que não falta são conceitos fornecidos pela doutrina para a classificação e natureza jurídica do instituto. Para Tourinho Filho, v.g., inquérito policial representa (...) *a atividade administrativa, de investigar o fato típico e apurar a respectiva autoria*⁴⁹.

Para o prof. Boschi, deve a polícia judiciária, *como Órgão Auxiliar da Justiça diligenciar em torno da autoria e da materialidade para fornecer os elementos provisórios de prova com que o Ministério Público ou o querelante basearão a denúncia ou a queixa*⁵⁰.

Magalhães Noronha aponta o inquérito como: *É, então, instrução provisória, como ainda se fala naquela Exposição (de motivos). Não é um processo, mas procedimento administrativo, destinado, na linguagem do art. 4º, a apurar a infração penal e a autoria. Fornece, pois, ao órgão da acusação a base ou supedâneo necessário à propositura da ação penal*⁵¹.

Finalmente, dentre as inúmeras classificações conceituais da investigação criminal, trazemos à tona o ensinamento de Paulo Lúcio Nogueira que preleciona:

*O inquérito policial é uma peça meramente investigatória, escrita, sigilosa, destinada a obter elementos do fato delituoso do fato delituoso e da respectiva autoria para fundamentar a ação penal. É através dele que se colhem os indícios necessários para o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, que são as peças iniciadoras da ação penal pública ou privada, respectivamente. Trata-se de procedimento administrativo destinado a apurar infração penal e sua autoria, que servirá de base à ação penal*⁵².

Certo é que, com algumas distinções meramente semânticas, os conceitos acima apresentados retratam uma mesma e de infantil academicidade, para traduzir o ato de investigar o fato criminoso. Embora se vá analisar em oportuno momento, fica uma

⁴⁹ TOURINHO FILHO, F. C. *op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal*. Porto Alegre: Aide, 1987, p. 36.

⁵¹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22.

⁵² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 42.

primeira crítica da maneira como a doutrina tradicional enfrenta o assunto.

3.2. Investigação policial no direito comparado

3.2.1. A investigação criminal nos Estados Unidos da América

No direito comparado, especialmente no norte-americano, objeto desta parte do trabalho, faz-se mister situar-se as diferenças e similitudes no escalonamento e composição dos órgãos responsáveis pela investigação e instrução criminal.

Fica patente que no sistema de justiça penal norte-americano emerge o primado pela separação e autonomia das diferentes agências e jurisdições.

Na classificação oferecida por Schmitt e Woodford⁵³ a polícia, com exceção do FBI (Federal Bureau of Investigation), onde os agentes são recrutados dos graduados em direito e recebem seu treinamento na própria agência, vários estados e algumas grandes cidades possuem suas próprias academias para treinar e formar seus policiais.

Ainda segundo os autores referidos, os juízes e promotores de justiça no estado americano devem ser advogados formados e com um status de pós-graduação em nível de doutorado. No caso do promotor federal, são nomeados pelo Presidente da República e servem à sua vontade, semelhante ao que ocorre com o Procurador-geral da República, no Brasil. Em alguns estados são nomeados pelo governador e submetidos ao crivo do legislativo. Em outros são eleitos por voto direto para mandato que gira em torno de dois anos.

⁵³ SCHMITT, Conrad J.; WOODFORD, Protase E. *Derecho y criminologia*. New York: McGraw-Hill, 1992, p. 160.

Para a seleção de juízes, em quase todos os estados, é necessária a submissão a votação e eleição vinculados a um dos partidos políticos. Em nove estados são nomeados pelo governador, em outros cinco, são nomeados pelo governador sob a condição de aprovação pelo legislativo, para ocupar o cargo por um tempo que varia de seis a quinze anos. No caso da judicatura federal, o Presidente, com o aval do Senado, nomeia os juízes para vitaliciamente exercerem o cargo.

Os agentes carcerários, que prestam serviços em prisões, reformatórios e instituições para delinqüentes juvenis, são também recrutados mediante prova de aptidão para a tarefa. Para tanto, prestam-se estes agentes à duas funções básicas: custódia e tratamento. Os oficiais de custódia supervisionam os prisioneiros mantendo a ordem e a segurança. São tipicamente recrutados e treinados de maneira semelhante aos policiais. Já o pessoal de tratamento têm responsabilidade de clínica e educação, normalmente possuem formação universitária, inclusive com nível de pós-graduação.

Por sua vez, as agências que fiscalizam a liberdade condicional, que no século 19 eram compostas por voluntários que se comprometiam a ajudar os convictos a reintegrar-se na comunidade, são hoje organizadas pelo Estado com organização e corpo de funcionários. Hoje a liberdade condicional é supervisionada pela corte sendo um serviço municipal do condado. Por sua vez, a liberdade “sob palavra” tem a ver com a supervisão dos prisioneiros liberados das prisões antes de terminada a pena, é um serviço estadual. As habilidades requeridas em ambos os institutos são quase idênticas: preparação em nível de pós-graduação em trabalho social ou em ciências do comportamento.

Por fim, com relação ao papel do advogado de defesa, que historicamente têm representado os acusados em juízo, em que pese a constituição americana garantir o julgamento e a ampla defesa, até pouco tempo somente o acusado que tinha como pagar

tinha direito à representação em juízo. Em 1932 foi determinado que nos casos com previsão de pena capital onde o réu fosse pobre teria direito à defesa técnica, ainda que não pudesse pagar. Em 1963 a Suprema Corte declarou que os acusados pobres em todos tinham direito a representação se existisse 'uma sentença de encarceramento considerável'. Hodiernamente o direito de representação é garantido desde a fase investigatória até os incidentes da eventual condenação.

No sistema americano, precedido pelo inglês, remonta ao tempo antigo onde todo cidadão tinha a obrigação de defender seu vizinho contra ação de bandidos. Chamava-se esta obrigação de 'sistema de promessa'. Cada um prometia proteger seu vizinho e assim assegurar sua própria proteção. Dez famílias se uniam na promessa de cooperação na vigilância da vizinhança. Cada dez famílias constituíam uma 'centenar', dirigido por um nomeado pelo nobre local que, efetivamente, era a polícia, com responsabilidade de fazer cumprir a lei. Mais tarde dos centenares se agruparam em 'shires' ou condados. Para cada condado o rei nomeava um supervisor 'shire reeve' donde veio o nome moderno de *sheriff*. No século XIV se introduziu o sistema de ronda nas cidades e grandes povoados. Estes guardas patrulhavam e vigiavam, alertas a ladrões e incêndios. Na Espanha se lhes chamavam 'serenos'. Eles davam a hora e, não havendo problema, gritavam 'y sereno'. Já em 1829 sir Robert Peel orgaizou o primeiro copo metropolitano de Londres. Pela primeira vez os policiais vestiam uniforme, mas não carregavam armas, conduta mantida aos dias de hoje. Já nos Estados Unidos, o supervisor foi chamado de 'marshall' do povo, que pedia ajuda aos cidadãos vigilantes para prender os marginais. Em 1838 a cidade de Boston estabeleceu o primeiro departamento de polícia. Depois Nova Iorque, em 1844 e a Filadélfia em 1854, segundo lição de Schmitt.⁵⁴

⁵⁴ SCHMITT. C. J. WOODFORD. P. E. *op. cit.*, p. 170.

Na mesma obra, os autores referem o poder discricionário da polícia americana mencionando que o povo acredita que a polícia deve fazer respeitar todas as leis penais uniformemente, sem medo nem favores. Na teoria funciona assim, mas na prática não. O poder discricionário da polícia é justamente dizer quais lei devem fazer cumprir com vigor e quais de maneira menos intensa, bem como quais os suspeitos prender e quais por em liberdade, é uma realidade em todos os lugares do mundo. V.g., a embriaguez pública é conhecida nos Estados Unidos como um delito menor. Agora, deve a polícia prender todo o bêbado que estiver na rua? Os jogos de azar (roleta, etc.) são ilegais, mas não as loterias dos estados. Assim, deve a polícia prender um grupo de amigos que jogam poker? Justamente nestes casos emprega o agente o poder discricionário de atuação.

Distinguem-se os policiais em detetives e agentes uniformizados. Certo que os detetives possuem maior prestígio que os uniformizados, ainda que de menor posto. A hierarquia paramilitar policial não leva em consideração diferenças entre os detetives e policiais. Os postos são como no exército - sargento, tenente, capitão, etc. Enquanto que os policiais uniformizados fazem o policiamento preventivo e ostensivo - a exemplo do que ocorre com a Polícia Militar no Brasil -, os detetives dedicam a maior parte de seu tempo repassando informes, revisando arquivos e interrogando vítimas e testemunhas em casos que talvez nunca se resolvam.

O processo na justiça penal somente se inicia quando a polícia suspeita que houve um crime ou se vá cometer um e quando se investiga a situação verificando-se a existência ou não de fato delituoso. As investigações policiais normalmente se baseiam em três fatores: denúncia das vítimas, flagrante delito ou investigação de atividade criminosa pela polícia. A profundidade e intensidade da investigação dependem do denunciante, sua credibilidade e provas já apuradas, além do tipo de crime que se investiga.

Outra maneira utilizada pela polícia investigativa é o chamado interrogatório no lugar. Dessa forma, o policial vai até os locais onde investiga e, não tendo como prender o suspeito por falta de indícios ou provas suficientes, colhe depoimentos e interrogatórios. Estes atos podem confirmar as suspeitas e determinar a prisão ou, caso contrário, se a pessoa detida explicar convincentemente suas ações, se lhe deixa em liberdade. Os costumes e leis americanas possibilitam que o agente policial, durante a investigação de um fato criminoso, detenha e conduza para interrogatório pessoas havendo 'razoáveis suspeitas'. Ainda tem autoridade para deter e interrogar pessoas em circunstâncias suspeitas. De qualquer modo, imediatamente após a detenção, o interrogado é apresentado ao magistrado para que se lhe proporcione eventual prestação de fiança ou seja determinada sua liberdade provisória.

Outra possibilidade diversa de investigação da polícia. Assim, nos chamados delitos sem vítima (ou quando a vítima é a coletividade) se possibilita a utilização de meios pouco ortodoxos de investigação, quais sejam, escuta telefônica de aparatos de gravação em prédios, campana e infiltração clandestina em organizações criminosas.

Sobre este tema, vale a pena pequena digressão sobre a frustrada tentativa de adoção desta maneira de investigação no direito nacional. Com o advento da Lei 9.034/95 pretendeu-se agilizar e otimizar a investigação quando envolvida organização criminosa. A lei determina:

Art. 2º - Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I - (VETADO)

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações

criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

A tentativa tupiniquim de utilização de meios de investigação ‘hollyhoodianos’ soa patética e demonstra o despreparo e a incompetência do legislador no trato de processo criminal, no caso em tela da investigação do fato delituoso. Entretanto, tal análise será, com certeza, feita oportunamente.

Cabe, ainda na senda do direito norte-americano, comentar a famosa emenda Miranda, segundo a qual antes de se deter e interrogar eventual suspeito, se lê seus direitos. O chamado aviso Miranda foi erigido a qualidade de garantia constitucional a partir do caso *Miranda v. Arizona*. Nesta oportunidade, foi declarada a nulidade de acusação por que desrespeitados os mandamentos que passaram a vigorar como a Emenda Miranda. Dessa forma, o acusado tem o direito de permanecer calado, ser informado de que crime é acusado e quais são os policiais que o prendem, realizar uma ligação telefônica para contatar a família, um amigo ou advogado para prestar fiança. Devem, também, ser assistidos por defensor se resolverem renunciar ao direito de permanecer calado. Por final, se lhe garante um julgamento justo (due process of law) e o princípio do estado de inocência, segundo o qual só se pode declarar culpa criminal depois que um tribunal prove a culpabilidade.

Diante desta regra constitucional, deve a autoridade realizar a seguinte exortação: *você tem o direito de permanecer calado. Qualquer coisa que diga poderá ser utilizada contra você no tribunal. Tem o direito de contatar um defensor e tê-lo presente durante o interrogatório. Se não tiver como pagar um será nomeado defensor pelo Estado. Pode fazer uso do direito do silêncio a qualquer momento, não respondendo a perguntas*

nem fazer qualquer declaração. Esta ciente de cada um dos seus direitos? Agora, sabendo dos seus direitos, pretende fazer alguma declaração?.

Juntamente com a emenda Miranda, outras prescrevem garantias processuais aos acusados. Por exemplo: a oitava emenda determina que *não se arbitrará fiança abusiva, não se imporão multas excessivas, nem se infligirá castigos cruéis e desumanos.*

O interessante é que não se forma 'autos de inquérito', o policial, detetive, encarregado de um caso busca, juntamente com a polícia técnica, elementos bastantes para apontar nexos entre o crime e o suspeito. Tendo provas suficientes, relata o que apurou ao Promotor de Justiça que conclui da existência ou não de um *caso*. Uma vez entendendo da existência de provas, o órgão acusador promove a apresentação do caso ao chamado grande júri, espécie de pressuposto de admissibilidade da acusação criminal. Nesta oportunidade o juiz pergunta ao acusado como se declara, culpado ou inocente, passando-se a análise das provas até então apuradas. Uma vez iniciado o auto de processamento, o acusado tem acesso a todas as provas que se usará contra ele, tais como balística, análises de laboratório e as testemunhas que a acusação pretende ouvir.

Durante o auto de processamento o acusado pode declarar-se culpado, inocente, inocente por inimizabilidade ou alegar o *nolo contendere*, ou seja, a revelia. Seu efeito, semelhante a declaração de culpa, difere porque em eventual pleito civil de indenização, não se parte da certeza da culpa criminal, quer dizer, a decisão criminal não transita em julgado para efeitos civis.

Caso se declare culpado ou sujeite-se à revelia, o juiz o consultará para saber se está ciente das conseqüências da declaração bem como se esta não é fruto de erro

ou coação. Depois de aceita a confissão pela corte, deve o acusado apresenta-se tempos depois para ouvir a sentença.

Em se declarando inocente, o processado é submetido a processo judicial. Com exceção dos crimes contra a vida, pode ele escolher se quer ser julgado por um juiz singular ou pelo corpo de jurados. Normalmente, nos casos mais técnicos e complexos, busca-se a análise por juiz singular que tem o dever de fundamentar sua decisão de condenação. Ao contrário, o corpo de jurados, a exemplo do direito nacional, não necessita fundamentar suas decisões. É possível que e anule uma decisão condenatória quando o contexto probatório não guardar relação com a decisão, além do que se conhece como dúvida razoável, capaz de ensejar a absolvição.

Outro aspecto que merece ser analisado, em se tratando do funcionamento norte-americano, é a realização de duas pesquisas trazidas por Cerqueira⁵⁵ sobre a efetividade e eficácia do policiamento nos Estados Unidos.

Assim, as pesquisas realizadas pela Fundação Polícia, da cidade de Kansas, entre outubro de 1972 e setembro de 1973, tinha como objetivo medir o impacto que o policiamento ostensivo exercia sobre a incidência do crime e o temor do público.

Concluiu-se que o aumento do patrulhamento ostensivo não guarda relação com a diminuição da criminalidade. Verificou-se que a população sequer constatou o aumento ou diminuição de efetivo policial nas ruas⁵⁶.

Pergunta Cerqueira: *Qual teria sido, para nós brasileiros, o valor desta pesquisa? Influenciaram as nossas estratégias de policiamento? No período em que se*

⁵⁵ CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia. **Revista Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade**, n° 3. Instituto Carioca de Criminologia. 1997.

⁵⁶ CERQUEIRA, C. M. N. Idem, p. 120.

*realizavam estes experimentos (1972/1973) certamente nós aqui estávamos implementando o modelo do policiamento preventivo sem qualquer coinsideração às suas limitações*⁵⁷.

*Quase dez anos depois (1982) dos estudos de Kansas City, essas novas pesquisas realizadas em Houston e Newark testaram novas formas de métodos policiais. Elas procuraram outros objetivos para a atividade policial diversa da preconizada pela abordagem de 'controle do crime'. Sua preocupação não é mais com o criminoso ou o crime, mais sim com a proteção dos cidadãos; seus objetivos passaram a ser a redução do temor, a melhoria da qualidade de vida do bairro e a melhoria das relações da polícia com os cidadãos*⁵⁸.

Instituíram-se o boletim comunitário da polícia local; centro policia-comunitário de serviços múltiplos; contatos entre policiais e moradores para discussão sobre os problemas do bairro.

Ficou provado que os objetivos determinados podiam ser alcançados com novas estratégias de policiamento bastante diferentes do modelo de patrulhamento. Ficou demonstrado que os programas de maior êxito tinham duas características comuns: melhoria dos contatos dos policiais com os cidadãos e maior autonomia para eles inovarem ou criarem programas para atender aos problemas identificados na comunidade.

Com isso, mostra-se que exemplos de modelos alienígenas podem servir de base ao enfrentamento nacional da questão policial.

⁵⁷ CERQUEIRA. C. M. N. *op. cit.*, p. 121.

⁵⁸ CERQUEIRA. C. M. N. *Idem*, p. 122.

CAPITULO IV

O INQUÉRITO POLICIAL - VIDA, DOENÇA E PRENÚNCIO DE MORTE DO INSTITUTO

4.1. Primeiras reações ao sistema inquisitivo

Influenciado pelas idéias liberais que se propagavam pela Europa, buscou-se uma reforma no Livro V das Ordenações, antes mesmo da vitoriosa Revolução Francesa.

Cabe esclarecer que depois que Portugal livrou-se do domínio espanhol o Rei D. João IV promulgou uma lei, em 1643, revalidando as Ordenações Filipinas. No tocante ao processo penal, as Ordenações de Filipe II repetiram em grande parte o que não em outras se continha, mormente a ‘nova ordem do processo criminal’, publicada por D. João III.

Era famoso o Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o processo penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas sobretudo nas famosas inquirições devassas.

No tocante às formas procedimentais o Processo Criminal Ordinário das Ordenações Filipinas continha a *mesma ordem e solenidades do processo civil ordinário, no que fosse adaptado*, com libelo, contrariedade, réplica, tréplica, provas, alegações finais

e sentença. *A acusação era pública quando intentada por qualquer pessoa do povo, e particular, quando intentada pelo ofendido. Entretanto, pressupunha, nos dois casos, apresentação preliminar de querela, sumário de querela com audiência de três ou quatro testemunhas e pronúncia.* Distinguiam-se, também, as causas que *comportavam acusação da Justiça, das que não comportavam.* Nas primeiras, o Ministério Público, que existia em Portugal desde os tempos de D. Manuel, ‘fazia as vezes do queixoso’, substituindo-o, oferecendo o libelo e seguindo os demais termos da causa. Quase todos os casos de querela eram também casos de devassa. Os juízes competentes deviam, nos seus territórios, logo que tivessem notícia do fato, formar corpo de delito e abrir inquirição-devassa, isto é, sem determinação do criminoso e exatamente para descobri-lo.

As devassas eram inquirições para informação dos delitos. Havia devassas gerais e devassas especiais: as gerais, sobre direitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir em seus cargos, e também eram gerais as chamadas *Janeirinhas*, que, em relação a alguns crimes, se tiravam em janeiro de cada ano; as especiais supunham a existência do delito de que fosse incerto só o delinqüente. As devassas gerais deviam terminar dentro de trinta dias depois de começadas; as especiais deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar em trinta dias. Em regra as testemunhas perguntadas nas devassas não podiam exceder de trinta. A competência para as devassas gerais era dos juízes de fora e ordinários e dos corregedores nas suas corregedorias; a competência para as devassas especiais era dos juízes no território onde fora cometido o delito ou dos juízes e outros ministros comissionados para tal.

Como se procediam as devassas sem citação da parte, estas *não eram consideradas inquirições judicias para efeito de julgamento, sem que as testemunhas*

fossem reperguntadas. Não havia necessidade dessa reiteração, para os casos de prisão bem como assinatura do réu de termo dispensando tal reinquirição.

Uma vez existente o crime e descoberto seu autor, vinha a pronúncia, se da devassa resultasse ‘prova suficiente para a prisão do réu’. Seguia-se o processo de acusação e julgamento, o procedimento dos recursos, - tudo segundo o que se achava estatuído no título 124, do Livro V das Ordenações.

Os tormentos eram admitidos como meio de prova, desde que observadas as seguintes regras: a) não se podia tomar fidalgo, cavaleiro, doutor em Cânones, leis ou medicina, vereadores, senão nos casos de falsidade, moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto (título 134, parágrafo 32, Livro V); b) era possível apelar do tormento ‘mandando dar o juiz a alguém’ (título 6, parágrafo 1º, Livro III); c) o tormento podia dar-se por pequenos indícios em crime de lesa-majestade (título 6, parágrafo 29, Livro V); d) podia ser repetido o tormento, para o acusado, em três casos: *o primeiro, se houver tão indubitáveis indícios, que ainda que ele no tormento negue, não deixa o julgador de crer que ele o fez (grifado); o segundo, se depois sobrevierem outros novos indícios; o terceiro, se confessa no tormento e depois se desdiz (título 134, parágrafo 1º, Livro V)*; e) dava-se de até quarenta açoites ao escravo fugitivo, para que diga quem é seu senhor, sem apelação nem agravo (título 62, parágrafo 12, Livro V); O tormento se dava ao culpado por casar duas vezes, se ele negasse o segundo matrimônio; e se no tormento não confessasse, seria degradado para a África, pelo engano que fez (título 19, parágrafos 2 e 3, Livro V); g) tormento poderá dar logo o Corregedor da Corte ao malfeitor, de que houve evidentes indícios com acordo do regedor e desembargadores (título 7, parágrafo 17, Livro I); h) tormento se dá por uma só testemunha, ou por confissão extrajudicial, fama pública ou fuga (título 134, Livro V); i) quando se der tormento, não estará presente mais que o

julgador, os escrivão e o ministro⁵⁹.

Findo o período de provas, procedia-se a publicação, ou ato judicial pelo qual se renunciariam as mais provas, e se fazem os autos 'patentes às partes'. Tratava-se de 'um dos atos substanciais da causa'. Vinha em seguida as alegações das partes e por fim a conclusão que 'é a sujeição da causa ao conhecimento do juiz'. Conclusa a causa, 'resta que o juiz dê a sentença', segundo 'a lei e os autos'. A decisão deveria ser escrita e assinada pelo juiz, não sendo necessário que estivesse conforme o libelo. Dominava o sistema da prova legal, devendo, portanto, o juiz decidir de acordo com o alegado e provado, ainda que outra coisa lhe ditasse a consciência.

4.1.1. Modificações em Portugal

Durante muito tempo reinou a arbitrariedade e a intolerância na investigação e trato dos envolvidos em questões criminais. Modificação importante deu-se durante o reinado de D. Maria onde foi criada uma junta, por decreto de 31 de março de 1778, para exame e mudança da legislação em vigor. Coube a PASCOAL DE MELO FREIRE a confecção dos trabalhos sobre direito público e criminal, obra que terminou em 1789. Por decreto de 3 de fevereiro do mesmo ano foi nomeada e constituída comissão para rever e censurar o trabalho apresentado. *Tal foi, porém, a censura - diz José Basílio de Souza Pinto - que ele ficou sem efeito*⁶⁰.

Com a vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos ao Homem, intensificou-se a propagação dos ideais humanitários da Justiça Penal e já se preparavam reformas nesse sentido, quando a invasão napoleônica fez tudo abortar.

⁵⁹ Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal, 1859, tomo IV, vb. Tormento, p. 430/431.

⁶⁰ PINTO, José Basílio de Souza. *Lições de direito criminal*. Rio de Janeiro: 1847. p. 06.

Posteriormente, no entanto, as Cortes Portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que avassalava a Europa, extinguem as devassas gerais (lei de 12 de novembro de 1821). No Brasil, o príncipe D. Pedro cria, em 18 de junho de 1822, juízes de fato para o julgamento dos crimes de imprensa; e, pelo aviso de 28 de agosto de 1822, manda que os juízes criminais observem o que se contém na Constituição da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821. Em consequência, ficam estatuídas, para os acusados, as garantias seguintes: nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada, lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade; toda pena deve ser proporcionada ao delito e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente.

A confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraça e pregão, a marca de ferro quente, a tortura e as diversas penas infamantes ficaram também abolidas.

Com a desvinculação do sistema português em função da independência e posteriormente da república, deparamo-nos com algumas modificações legislativas, já mencionadas, e que redundaram no advento do Código de Processo Penal. Fora isso, poucas e desinteressantes legislações deram continuidade a um sistema investigativo arcaico e ultrapassado.

4.2. Mazelas do inquérito policial à luz do garantismo penal - a crise do direito

Vivemos, sem sombra de dúvidas, em um momento de profunda crise paradigmática. Com a crise do sistema penal, como um todo, sucumbe, por consequência, o procedimento que visa constatar, apurar e, se for o caso, punir o autor da conduta delituosa.

As mazelas do processo penal são históricas, filosóficas e políticas, o que merece uma análise que detecte o problema e sugestione soluções.

Quando a prisão converteu-se na resposta penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente⁶¹.

Ora, se a preocupação com o resultado de um procedimento 'justo' que redundava em prisão é objeto de preocupação, pelas inúmeras falhas do sistema de execução da pena, como não se preocupar ainda mais com o resultado de um julgamento originado de um procedimento viciado e corrupto?

O certo é que alguns teóricos costumam denominá-lo peça meramente informativa, o que não corresponde inteiramente a verdade (...) ⁶². É verdade que o Inquérito Policial é peça meramente informativa, não tem valor probante incriminatório, mas apenas no tocante às provas renováveis ou repetíveis, sob pena de admitir-se na espécie a existência de duas instruções, uma provisória e outra definitiva, podendo, paradoxalmente, aquela confortar esta, na formação de convencimento do juiz⁶³.

O lapso temporal que separa a edição do Estatuto Processual Penal e a realidade atual, faz emergir reflexões sobre a validade e, sem pretender causar grande polêmica (embora deva ser abordado), a utilidade das investigações policiais como hábeis e legítimas para ensejar a persecução criminal e a eventual condenação.

Vinculado ao inquérito policial, tido e havido, com razão, como mero procedimento administrativo (ainda depois da Constituição Federal de 88)⁶⁴, o ato,

⁶¹ BITENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 13.

⁶² TOVO, Paulo Cláudio. *O Inquérito Policial em sua verdadeira dimensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 147.

⁶³ TOVO, P. C. Idem, p. 148.

⁶⁴ Comente-se que o cerne da questão não está em saber se no inquérito policial há um processo ou um mero procedimento administrativo, mas sim no fato de o mesmo ser a marca fundamental do sistema inquisitório, altamente prevalente sobre o sistema acusatório, no nosso sistema misto e, por isso e em função dos grandes males que causa ao processo penal, há de ser extirpado de nosso sistema processual.

*relevantíssimo pelo que representa na prática, acabou esquecido entre as chamadas 'questões menores' do nosso direito processual penal*⁶⁵.

Certo é que a insatisfação com o inquérito policial não é nova. Como antes mencionado, já em 1924, o Presidente da Comissão redatora do anteprojeto que se converteu no Código de Processo Penal para o Distrito Federal, Candido Mendes, informava da preocupação com a fase preliminar e a necessidade de restringir as funções da polícia aos seus verdadeiros fins: a vigilância, a prevenção, a manutenção da ordem e auxílio à justiça. Este auxílio, porém, deve começar pelo aviso imediato às autoridades sempre que houver notícia de alguma infração penal...

*Inclusive, já naquela época, preponderava a opinião favorável a reduzir ao mínimo a atuação da polícia, acentuando-se bem expressamente a intenção de estimular o Ministério Público a intervir, desde os primeiros momentos, na marcha das pesquisas policiais, atendendo-se a que devem os atos da polícia, sem efeito judiciário, servir apenas para o esclarecimento do representante da justiça pública*⁶⁶.

*Em definitivo, o sistema de investigação preliminar judicial encerra graves problemas (como apontamos anteriormente) e está tão superado quanto o inquérito policial. Por isso o modelo do juiz instrutor não era (em 1941) e continua não sendo uma boa opção para o Brasil*⁶⁷.

*O tema, espinhoso por si só, avoluma complexidade quando vincula-se ao direito processual penal, mas é diretamente amarrado ao direito administrativo. Ideal, sem dúvida, seria vê-lo tratado como direito de polícia, disciplina que cada vez mais cobra o seu espaço - pela imensa gama de aplicação prática - e está a cavalo entre aqueles ramos e outros, máxime o direito constitucional, acabando por não ser devidamente estudada em nenhum deles*⁶⁸.

A ambigüidade de nosso sistema processual, autodenominado de misto, empresta à tradição processual penal brasileira caráter especialmente liminar no modelo de resolução de conflitos pelo Estado. Tal característica, como sabem os antropólogos, marca as instituições que a ostentam com um potencial desestruturador da ordem, ordem que, paradoxalmente, esse processo pretende

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. *Revista Ciência e política criminal em honra a Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 249.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 243.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, A. *Idem*, p. 245.

⁶⁸ COUTINHO, Jacinto. *op. cit.*, p. 253.

*restaurar ou manter, pela prevenção ou adjudicação dos conflitos*⁶⁹.

Afastado os sistemas policial e judicial, parece-nos que a melhor alternativa vem dada pela investigação preliminar a cargo do Ministério Público. Mas, como veremos, não basta afirmar que o Ministério Público deve assumir a fase pré-processual. O problema é mais grave.

A evolução das idéias liberais vai diminuindo os poderes do temível juiz inquisidor até privar-lhe de todo o poder de iniciativa (*nemo iudex sine actore*). O problema começa quando esses poderes são retirados do juiz e outorgados ao promotor, deixando o juiz instrutor de ser o temível, ao mesmo tempo em que o passa a ser o promotor. Ao final, sucede que o promotor acaba convertendo-se em juiz de instrução. A solução está, mais uma vez, em encontrar um equilíbrio na distribuição de poderes.

Apesar das críticas que gera a investigação a cargo do MP, entendemos que é o sistema que menos defeitos apresenta, ou ao menos, cujos defeitos são mais facilmente resolvidos ou tolerados.

A investigação preliminar está - basicamente - dirigida a decidir sobre o processo ou o não-processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar.

*Se o Ministério Público é o titular constitucional da ação penal pública - atividade fim -, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade este fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando*⁷⁰.

Com efeito, parece certo que é imprescindível que a polícia judiciária esteja a serviço do Ministério Público, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica). O controle externo da atividade policial esta timidamente disciplinado pela Lei

⁶⁹ LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais - A Tradição inquisitorial. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, n° 10. v. IV. Vertice, 1989. p. 66.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 246.

Complementar nº 75/93 e não corresponde ao esperado e muito menos necessário. Continua faltando um dispositivo que diga de forma clara que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial, às quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária.

Em síntese, a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, na linha da tendência universal, previu seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito⁷¹.

As instruções gerais correspondem às grandes linhas da investigação preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme os critérios de política criminal traçados pela instituição. Um dos maiores problemas que enfrenta o Ministério Público para acompanhar o inquérito policial é a falta de informação, mais especificadamente, o fato de não canalizar a notícia-crime. Através de instruções gerais, o Ministério Público poderia, por exemplo, determinar que todos os boletins de ocorrência relacionados com determinados tipos de delito - crime organizado, homicídio, etc. - fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente, para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse *ab initio* plena ciência da investigação. No segundo caso, o Ministério Público reservar-se-ia o poder de intervir diretamente em um caso concreto, isto é, dando instruções específicas sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias.

Isto, por óbvio, não significa que a totalidade dos fatos - de forma obrigatória - sejam noticiados direta e imediatamente ao Ministério Público, muito menos

⁷¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 244.

que o promotor deve permanecer 24h na delegacia de polícia.

Caberá ao Ministério Público definir instrumentos para um controle periódico de tudo que chegar ao conhecimento da polícia, estabelecendo delitos - por sua gravidade ou complexidade - que devam ser imediatamente levados ao seu conhecimento, para que ab initio controle toda a investigação. Nesses delitos graves, a presença do promotor será imprescindível e se fará notar pela sua constante intervenção e estrito controle da atividade policial. Nos demais casos, o promotor poderá definir uma espécie de procedimento padrão, estabelecendo que investigações devem ser realizadas e de que forma, assim como que diligências não poderão ser realizadas sem a sua presença. Em linhas gerais, assim atua o promotor nos sistemas em que a investigação preliminar está a cargo do Ministério Público⁷².

Certo é que a simples remessa da titularidade da investigação pré-processual a cargo do Ministério Público não tem o condão de resolver as mazelas da instituição da investigação criminal tampouco a da Instituição da polícia judiciária.

Com igual importância que atribuir (ou meramente reconhecer) a titularidade do Ministério Público, está em definir os contornos da figura do juiz garante da investigação preliminar ou como preferem os italianos: 'giudice per le indagini preliminari'.

Na Europa, onde a maioria dos países já abandonou o sistema de juiz instrutor ou está em franca decadência, a figura do juiz de garantias (garante) adquire cada vez mais força, como figura indispensável da instrução preliminar.

O juiz garante ou de garantias não investiga e tampouco julga no processo, até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade. Ao livrar-se da função de investigar (alheia a sua natureza), o juiz garante da instrução concreta sua superioridade como órgão suprapartes, fortalecendo no plano funcional e institucional a própria figura de julgador⁷³.

Esse juiz da instrução - e não de instrução - será quem, mediante prévia invocação do Ministério Público, decidirá sobre todas as medidas e atos que impliquem a restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo, isto é, decidirá sobre as medidas

⁷² LOPES JUNIOR, A. *op. cit.*, p. 247.

⁷³ LOPES JUNIOR, A. *Idem*, p. 248.

cautelares de natureza pessoal ou real, presidirá a coleta da prova no incidente de produção antecipada, autorizará a busca e apreensão, a intervenção telefônica etc. Também, mediante invocação da defesa, decidirá sobre a legalidade dos atos de investigação levados a cabo pelo Ministério Público. É um verdadeiro controlador da legalidade dos atos praticados pelo promotor na investigação preliminar.

O promotor investiga por si mesmo ou através da polícia, ouvindo testemunhas (e até mesmo interrogando ao sujeito passivo, desde que observadas as garantias da defesa técnica e pessoal), determinando a realização de perícias etc., mas não pode determinar, por exemplo, uma prisão preventiva. Esse tipo de restrição de direitos fundamentais somente pode partir de um órgão jurisdicional que decidirá mediante prévia invocação.

Também será deste juiz garante de garantias que, na fase intermediária e necessariamente contraditória, fará o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Uma vez admitida, dará início ao processo penal. Nesse caso, após ser recebida, a acusação será distribuída ao juiz criminal competente para presidir o processo e ao final julgar. Destacamos que a atual posição do juiz frente ao inquérito policial é similar ao modelo garantista aqui propugnado (pois não atua de ofício, não investiga nem dirige a investigação e basicamente está para decidir sobre as medidas restritivas de direitos fundamentais), mas com uma fundamental distinção: o juiz que de qualquer modo intervém na investigação preliminar não poderá atuar (instruir e julgar) na fase processual, ao contrário do modelo em vigor.

Somente com a repartição de poderes e o estabelecimento de um sistema de controle recíproco, impedir-se-á a temível figura do promotor-inquisidor, tão reprovável como a seu tempo foi a do juiz-inquisidor. A quase totalidade das críticas ao sistema do

promotor investigador cai por terra com essa divisão racional de poderes. Este sistema é o que mais se aproxima a um grau razoável de transferência da estrutura dialítica da fase processual para a investigação preliminar.

Concluindo, a nosso juízo, o Ministério Público pode e deve assumir o mando da fase pré-processual. Mas, para isso, é imprescindível definir a subordinação funcional da polícia, que não pode mais continuar atuando sem sincronismo com o Ministério Público e, o que é pior, quando e como bem entender. Igualmente importante é a definição de quem vai controlar suprapartes essa atividade, isto é, qual será a função do juiz garante e como deverá atuar. O que não se pode conceber, sob nenhum argumento, é que o Ministério Público, ademais de investigar, também possa decidir, porque lhe dar o poder de adotar medidas cautelares pessoais e outras que impliquem a restrição de direitos e garantias fundamentais é dar-lhe o poder de julgar. Isso seria o mais completo retrocesso à inquisição. Por isso, é fundamental a figura do juiz garante. Não é demais recordar que a sua existência está calcada no fato de que ele (juiz) não investiga e que tampouco poderá atuar na fase processual (está prevenido e como tal não pode julgar)⁷⁴.

Outro gravíssimo problema do inquérito policial é o mais completo confusionismo acerca da situação jurídica do sujeito passivo. Sobre a figura do indiciamento pairam inúmeras dúvidas, principalmente quando não existe uma prisão cautelar. Em nenhum momento o Código de Processo Penal define claramente a situação do sujeito passivo não submetido a uma prisão cautelar.

Enfim, reina a mais absoluta incerteza, em inequívoco detrimento da sua situação jurídica, do seu status libertatis e da sua própria dignidade pessoal. São graves os prejuízos para a defesa, tanto pessoal como técnica. Isso tudo sem falar na aberração jurídica de alguém ser acusado sem antes haver sido formalmente imputado. Ou ainda, o que é pior, o sujeito passivo comparece ante a autoridade policial na situação de testemunha, quando deveria fazê-lo na condição de imputado, com todas garantias

⁷⁴ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 250.

inerentes a essa figura. Isso é repugnante práxis policial, que, aliada à lacuna legal deve ser abolida.

Questiona-se, também, a necessidade inarredável da pré-existência da investigação. Segundo Lopes Jr., citando Fairen Guillen,

Seria o mesmo que um processo sem pensar, irracional. A investigação é uma garantia para todos e, principalmente, para o sujeito passivo, evitado os nefastos e irresponsáveis processos infundados e a acusação de surpresa.

Mais ainda, é absolutamente inconcebível um processo sem prévia investigação nos sistemas que - como o brasileiro - não contemplam uma autêntica fase intermediária destinada a realizar um juízo contraditório de pré-admissibilidade da acusação. Por isso, opinamos pela adoção de um sistema misto: a investigação preliminar deve ser obrigatória par aos delitos graves e facultativa para os de menor potencial lesivo (como já está na Lei 9.099)⁷⁵.

A situação é ainda mais grave e preocupante quando nos deparamos com a possibilidade da denúncia imediata, sem prévio inquérito. Entendemos que o problema não está no poder do Ministério Público em si mesmo, mas na falta de uma fase intermediária que permita a defesa antes da admissão da denúncia. A surpresa do processo imediato limita a defesa, gera o desequilíbrio entre as partes e pode prestar-se a fins espúrios, em que o processo penal é utilizado como instrumento de pressão e constrangimento. Ademais, os riscos de prosperar uma acusação infundada são elevados. O processo penal possui um altíssimo custo para o sujeito passivo e não podemos aceitar que nasça de uma acusação *inaudita et altera pars*.

4.3. Modificações no inquérito policial - necessidade urgente

Delimitada a estrutura e o espaço de análise do tema, resta-nos abservá-lo daqueles ângulos que, em verdade, nos parecem mais preocupantes.

⁷⁵ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 256.

Antes de tudo, faz-se mister que a questão seja colocada de modo negativo e positivo, isto é, a partir da omissão e emissão do ato. Daquela, o problema maior é a falta de controle; desta a falta de um juízo adequado antes do fato, o que provoca um excesso de trabalho, entulhando as delegacias, desprestigiando a polícia e punindo, desde logo, inocentes mal-indiciados⁷⁶.

Em linhas gerais, devemos caminhar para uma maior eficácia do contraditório e do direito de defesa previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Tal dispositivo, no que se refere à sua aplicação no inquérito policial, tem sido objeto de interpretações absurdamente restritivas. Esse é um ponto básico a ser revisto. É incrível a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o Código de Processo Penal deva adequar-se à Constituição Federal e não o contrário.

Mesmo que não seja razoável exigir um contraditório pleno na investigação preliminar (seja inquérito policial ou outra modalidade), até porque seria contrário ao próprio fim investigatório, comprometendo o esclarecimento do fato oculto. O que sim é perfeitamente exigível, é a existência de um contraditório mínimo, que de forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos. Esse mínimo não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justificasse. Destarte, defendemos como garantias mínimas - além das já consagradas na Constituição Federal - as seguintes, conforme ensinamentos de Aury Lopes Jr.:

Comunicação imediata da existência de uma imputação: tão logo exista uma imputação contra uma pessoa determinada ou elementos suficientes que permitam identificar o possível autor do delito, este deve ser chamado a comparecer perante a

⁷⁶ COUTINHO, J. N. M. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. p. 259.

autoridade encarregada da investigação preliminar. Na comunicação deverá constar uma síntese da imputação e esclarecer em que qualidade comparece para declarar. Deverá ser-lhe comunicado do direito de comparecer acompanhado de advogado ou solicitar a nomeação caso não tenha condições econômicas para constituir;

Direito de silêncio e de solicitar diligências. No momento do interrogatório, deverá ser-lhe comunicado o direito que lhe assiste a não declarar, sem que o exercício do direito de silêncio acarrete qualquer consequência jurídica. Também deverá a autoridade advertir do direito que assiste ao imputado de indicar provas e solicitar diligências;

Duração do segredo interno. O segredo interno deverá durar um tempo prudencial, necessário para a prática de determinado(s) ato(s) cujo conhecimento prévio por parte do sujeito passivo comprometeria a eficácia da investigação (v.g., intervenções telefônicas, busca domiciliar, etc.). de qualquer modo, deverá ser extinto, dando lugar à publicidade interna, com suficiente antelação ao encerramento da investigação preliminar, para permitir ao sujeito passivo solicitar diligências e aportar elementos de convicção em seu benefício.

Produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis. Deverá ser-lhe permitido participar ativamente da produção antecipada de provas e, no caso das provas técnicas irrepetíveis, oferecer quesitos e conhecer os resultados;

Fase intermediária e contraditória. É o corolário básico do contraditório prévio ao processo. É imprescindível que exista um juízo de pré-admissibilidade da acusação, presidido pelo juiz garante e que esse ato seja contraditório. Não é necessário mais que uma audiência, com sumária produção de provas (se necessário) e debates orais;

Valor probatório limitado dos atos de investigação e exclusão de peças. Com isso se assegura que aquelas diligências produzidas sem as devidas garantias somente

terão valor endoprocédimental e que, de qualquer modo, não integrarão os autos do processo. Com isso, evita-se a contaminação do processo e a indesejável confusão de fontes cognoscitivas. Não se dará, entretanto, a exclusão da prova produzida no respectivo incidente de produção antecipada e das provas técnicas irrepetíveis, que, como vimos antes, por esse motivo deverão respeitar certos limites garantistas.

Necessário, também, imediata restrição quanto ao objeto da investigação preliminar que, no Brasil, acabou-se como em fim em si mesmo.

A restrição da cognição deve ser qualitativa e também se operar no aspecto temporal. Por isso, a primeira limitação deve estar incluída na própria definição legal do instituto, visto como a atividade mínima de comprovação e averiguação dos fatos e da autoria. Com isso, esta limitada a proporcionar o fumus comissi delicti necessário para formar a opinio delicti do Ministério Público (acusar, solicitar o arquivamento ou ainda fundamentar o pedido de medidas restritivas e também para justificar o processo ou o não-processo (fornecendo elementos para a fase intermediária))⁷⁷.

Desta forma, somente se justificaria a existência de um processo aquelas condutas revestidas de uma aparência de delito, de modo a justificar o custo do processo.

Neste diapasão, embora sem muito rigorismo científico ou mesmo dados estatísticos, podemos, no uso diário das atividades forenses, vislumbrar a imensa gama de processos criminais com sentença absolutória, com um montante expressivo fundamentadas no art. 386, VI, ou seja, insuficiência de provas capazes de ensejar a condenação. As questões que ficam no ar são: será que todos estes réus absolvidos são realmente inocentes? E mais, quantos destes processos não possuem sequer indícios mínimos de autoria e prova da materialidade?

Deste modo, vislumbramos que vários feitos criminais, por deficiências de

⁷⁷ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 253.

aportes probatórios pré-processuais, são, ainda assim, transformados em processos cujo resultado, e não poderia ser diferente, é a improcedência. Isso, além de um desgaste desnecessário aos aplicadores do direito, confere ao Estado um ônus financeiro imenso, sem falar no ônus social e político, já que a justiça criminal cai em descrédito que é o coroamento desta crise em que vivemos.

Como já salientado anteriormente, a grande crítica que os estudiosos do processo penal fazem é com relação a efetividade do processo-crime.

É sabido que a efetividade deriva da normatividade, ainda que o inverso nem sempre se produza. Por isso, entendemos que ao se atribuir a investigação ao promotor podemos exigir-lhe que também realize investigações sobre os elementos de descargo, isto é, a favor e no sentido de comprovar a veracidade da tese defensiva. Por isso, é aconselhável incluir esse dever, nos mesmos moldes do existente no Código de Processo Penal italiano e alemão⁷⁸.

No sistema italiano, por exemplo, a organização judicial é um tanto diversa da que estamos acostumados. *Uma simples leitura, o disposto no art. 107⁷⁹ da vigente Carta Constitucional italiana, nos indica que, naquele país o Ministério Público não se estrutura como serviço ou como Magistratura autônoma, mas simplesmente como uma função definida de uma Magistratura comum⁸⁰.*

Assim, os Magistrados italianos, organizados em uma única carreira institucional, exercem, dentro do mesmo Poder, atribuições judicantes ou atribuições tradicionalmente inseridas na área de abrangência dos ofícios do Ministério Público.

Neste sistema, o Ministério Público tem por objetivo a administração do

⁷⁸ LOPES JUNIOR, A. *op cit.*, p. 254.

⁷⁹ Art. 107 - ...I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario. (Os magistrados distinguem-se entre si unicamente pela diversidade de funções. Ao Ministério Público são resguardadas todas as garantias orgânicas estabelecidas para a judicatura)

⁸⁰ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Renovar, 1999, p. 84.

justiça, na qual se inclui, por tradição, as providências necessárias à investigação criminal que, embora sendo normalmente realizada pelas polícias locais, são dirigidas e acompanhadas por Magistrados, a exemplo do que é o sistema de investigação preliminar na Alemanha.

Por outro lado, a limitação temporal, 'por si mesma', é insatisfatória, mas, aliada à qualitativa, leva-nos a um sistema misto muito eficaz. Por isso, a investigação preliminar também deve ter uma duração máxima limitada em lei. Se realmente quer-se um instrumento sério, esse prazo não pode ser excessivamente exíguo (como no inquérito policial) porque isso leva a dois problemas:

a) mero descumprimento, como sói ocorrer, gerando o mais completo descrédito da norma;

b) ou, o que é pior, leva a conclusões equivocadas e processos imaturos e infundados, simplesmente por utilitarismo judicial (e policial) ou para dar uma satisfação à imprensa e à opinião pública⁸¹.

Em função disso, mas principalmente porque o prazo não precisa ser esgotado, associamo-nos à lição de Lopes Jr., que defende deva ser a regra geral o término da investigação em três meses. Mas regra deve existir limitando a investigação tão logo existam elementos que justifiquem o processo ou o arquivamento.

No caso de réu segregado, fica certo que o prazo deve ser mais enxuto, mas muito longe dos atuais 10 dias que o Código de Processo Penal preconiza atualmente. Esta exiguidade de tempo acarreta a conclusão apressada do processo, para se evitar a soltura, ou o preso é libertado pelo excesso do prazo ou, o que é preocupante, a manutenção da prisão ainda que o prazo tenha se excedido.

⁸¹ LOPES JUNIOR, A: *op cit.*, p. 254.

Disso, temos como coerente a proposta de Lopes Jr., que sugere um prazo de 30 dias, estando o investigado preso.

Basta de inquéritos intermináveis e 'inchados'. A crítica de que todo o material deve ser 'repetido' em juízo cai por terra se o inquérito for efetivamente sumário. Ademais, não existe repetição, mas sim produção porque prova valorável na sentença só existe quando praticada em juízo ou por meio do respectivo procedimento judicial de produção antecipada. Também cabe recordar que é absolutamente inadmissível que os atos de investigação, praticados na fase pré-processual e sem as devidas garantias, bastem por si mesmos. Seria um retrocesso ao sistema plenário, em que a fase processual se limitava a ser um mero trâmite de controle formal e prévio a sentença. Muitos dos que são contra a mal chamada 'repetição em juízo' esquecem disto'⁸².

Enfim, o investigação preliminar deve ser sumária. Qualitativamente deve estar limitada àquela atividade mínima, necessária para justificar o processo ou o não-processo. E qualquer caso, a proporcionar o *fumus commissi delicti* em grau de probabilidade. Quanto ao aspecto temporal, a limitação deve levar em conta a situação do indiciado, esteja ele preso ou não.

Em âmbito mais abrangente, a atividade policial, certamente, deve ser reestruturada. *Ponto primeiro nesta reestruturação há de ser sua desmilitarização, que não se limita à simples discussão em torno da necessidade de unificação das polícias ou da proposta da extinção da polícia militar*⁸³.

*A desmilitarização da polícia passa por uma nova concepção das idéias de segurança e de atividade policial, hoje formuladas de um pontode vista semelhante ao da doutrina de segurança nacional, em que a manutenção da ordem pública - função normal de polícia - aparece como uma questão de guerra interna, em que os eventuais infratores da lei penal ou mesmo os simples suspeitos, são vistos como um inimigo a ser combatido e eliminado*⁸⁴.

Assim, necessário que o agente policial seja figura indispensável com

⁸² LOPES JUNIOR, A. *op. cit.*, p. 255.

⁸³ KARAM, Maria Lucia. Segurança pública e processo de democratização. *Revista Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 5 e 6, 1998. p. 177.

⁸⁴ KARAM, M. L. *op. cit.*, Ibidem.

função de proteger e prestar serviços ao cidadão.

*Enquanto o discurso do 'bandido bom é bandido morto' continuar desfilando triunfalmente em setores influentes da sociedade brasileira, estaremos convivendo com os abusos policiais, e, pior, premiando-os com promoção por bravura ou outras deste tipo*⁸⁵.

4.4. O modelo garantista - verificando a crise

Segundo o autor que preconizou a Teoria, Luigi Ferrajoli,

*O direito penal nos ordenamentos desenvolvidos é um produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a estrita legalidade, a materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o julgamento oral e o contraditório entre as partes e a presunção de inocência - em grande parte são, como é sabido, fruto da tradição jurídica liberal*⁸⁶.

Parafraseando Streck, podemos asseverar:

*Estou convencido que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas (grifo no original) objetivista aristotélico-tomista e o da subjetividade (filosofia de consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que constitui, em outro nível, na crise dos modelos de Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível (grifado pelo autor)*⁸⁷.

Agora, no dizer de Streck:

Como ocorre esta crise de paradigma? Em primeiro lugar, partindo da premissa de que um paradigma implica uma teoria

⁸⁵ CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Outros aspectos da criminalidade da polícia. *Revista discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 5 e 6, 1998. p. 192.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1995, p. 33.

⁸⁷ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica (em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 272.

fundamental reconhecida pela comunidade científica como delimitadora de campos de investigação pertinentes a determinada disciplina (KUHN), é possível dizer que o que fornece o status científico de uma ciência vai depender não tanto das teses defendidas pelos manuais científicos, mas sim do consenso da comunidade científica em torno dessas teses, conforme muito bem ensina Celso Campilongo⁸⁸.

Segue o autor sustentando que:

Agregue-se a isso o dizer de Zuleta Puceiro, para quem a dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações. Daí que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. Diz mais, o mestre argentino, que a crise da ciência do Direito é um capítulo da crise mais ampla da racionalidade política que ocorre nas sociedades avançadas⁸⁹.

Causa ou efeito? Questiona o professor Streck.

O certo é que, conforme lembra Faria, 'preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos, e a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais do que o subproduto de sua marginalização social e econômica'. Ou seja, os setores desfavorecidos somente são alcançados pelo (longo) braço do Direito Penal. Daí que, complementa Campilongo, existem mudanças sociais, políticas e econômicas que, processadas em ritmo acelerado, tornam obsoletos os standards estruturais das abordagens formalistas⁹⁰.

Dessa forma, lida-se com um modelo de produção de Direito de ordem liberal-normativista-individualista que se presta para resolver disputas interindividuais. A crítica estabelece-se, pois, sobre as demais formas de criminalidade - diferentes da mera subtração (de parco valor), crimes de menor potencial ofensivo - que, nos chamados delitos sem vítima (white color crimes), afligem e atingem de forma tão cruenta e violenta a sociedade como um delito de estupro, roubo ou homicídio.

⁸⁸ STRECK, L. L. *Tribunal do júri símbolos e rituais*. p. 40.

⁸⁹ STRECK, L. L. *Idem*, p. 41.

⁹⁰ STRECK, L. L. *Idem*, *ibidem*.

A teoria do garantismo penal (e também processual penal), antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados⁹¹.

Agora, devemos render homenagens ao Dr. Lenio Streck que, de forma invulgar, aponta para um problema por poucos percebidos:

Estamos, pois, em face a um sério problema: de um lado, temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí o acerto de Ribas Vieira em dizer que 'a crise do judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas'. Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes como o mandado de injunção e a substituição processual, previstos na nova Constituição, tenham sido redefinidos e tornados ineficazes pelos establishment jurídico-dogmático⁹².

Defende o autor que para a efetivação do Direito (e dos direitos), deve-se superar o modelo liberal-individualista, realizando-se uma "filtragem" das normas infraconstitucionais tendo-se como supedâneo a Norma constitucional.

Com efeito, embora estejamos sob o pálio de uma constituição cognominada 'cidadã', deparamo-nos com uma venda sobre os olhos que nos impede de vislumbrar o novo ordenamento jurídico produzido a partir a Carta Magna de 1988.

Ao analisar a presente realidade do direito como um todo, infelizmente concluímos que o atual sistema deixou de funcionar (ou nunca funcionou) a contento. Os motivos são muitos, crise moral, econômica, etc. Quem melhor define a atual situação

⁹¹ CARVALHO. Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

⁹² STRECK, L. L. *Tribunal do júri símbolos e rituais*. p. 43.

parece ser Edmundo Arruda Júnior quando defende que vivenciamos, resumidamente, as seguintes situações:

1ª - perplexidade (caos político, cultural, filosófico) que o homem contemporâneo defronta ao findar do século, e diante da suspensão de todos os modelos teóricos mais globalizantes;

2ª - o relativo desgaste das instituições jurídicas, com o surgimento de novos questionamentos sobre a reconstrução do direito no projeto democrático⁹³.

Dessa reflexão, podemos vislumbrar que, dentre outros inúmeros motivos, os principais ensejadores da atual crise foram acima descritos. Do mesmo autor surge a constatação de que o Direito apresenta-se como espaço institucional - na forma e conteúdo - rico em possibilidades de reconstrução. Assim,

Cabe ao jurista democrata o duplo desafio de pensar as 'crises' deste direito, indicando possíveis soluções. Mas, tal situação exige esforço preliminar no sentido de:

a) - Balisar as concepções de mundo presentes na cultura jurídica, dentro de uma reflexão mais ampla sobre as matrizes instrutoras do pensamento na teoria social;

b) - Ressituar o trabalho teórico de reconstrução analítica face a fenômenos expressivos de mudança social na instância jurídica. A escolha do direito alternativo - entre outros merecedores de investigação - parece legítima, possibilitando o debate e a interlocução entre os operadores jurídicos, condição primeira para a melhoria dos níveis de ação política e teórica⁹⁴.

Vislumbramos na teoria do garantismo, primeiramente penal defendido por Ferrajoli, depois se entendendo em outros campos de aplicação do direito, v.g. a contribuição de Sérgio Cademartori no enfrentamento do Estado de Direito e Legitimidade⁹⁵, uma possível fonte de discussão e retórica capaz de fazer detectar, entender e sugerir saídas para a alardeada crise do Direito.

⁹³ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e século XXI*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 23.

⁹⁴ ARRUDA JÚNIOR, E. L. *Idem*, p. 24.

⁹⁵ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade - uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Ora, se toda a cultura jurídica enfrenta uma crise, porque não o processo penal como um todo e, mais especificadamente em função deste trabalho, os meios de investigação criminal?

Isto nos traz inquietações, na medida em que, desse modo, o Direito acaba por (re)produzir as relações sociais de uma sociedade tão dispar como a nossa. Salta aos olhos, pois, que a dogmática jurídica, mergulhada na crise de paradigma, é co-instituinte da crise social e, por decorrência, para ficar na especificidade do tema em discussão, do discurso jurídico-penal-processual⁹⁶.

4.4.1. Violência e o direito - uma breve reflexão

A dicotomia entre a violência parece ser, mais que histórica, estrutural nas relações sociais.

Se a violência institucional é 'consustancial a todo sistema de controle social' (Munhõz Conde, 1985, p. 16) ou 'intrínseca à ação de controle social' (Cirino dos Santos, 1984, p. 123) a violência institucional como expressão e reprodução da violência estrutural das relações sociais, isto é, da injustiça social sintetiza o modus vivendi experimentado pelo sistema de controle penal da modernidade. Por todos estes motivos e porque o Estado expropriou uma das partes envolvidas - a vítima - da sua gestão, o modelo penal não pode ser considerado, diferentemente de outros campos do Direito, como um modelo de 'solução de conflitos' gerando, ao revés, mais problemas e conflitos do que aqueles que se propõem a resolver com a agravante dos seus altos custos sociais (Hulsman, 1993, p. 91)⁹⁷.

A violência é inata a natureza humana, agora, a violência institucionalizada é que merece estudo e consideração. No dizer de Bobbio:

Que os grupos revolucionários justifiquem a própria violência considerando-a como uma resposta, a única resposta possível, à

⁹⁶ STRECK, L. L. Tribunal do júri símbolos e rituais. p. 40.

⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica - do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 292.

violência do Estado é mais natural. Todo aquele que pôde refletir sobre a contínua presença da violência na história, não obstante a milenar e natural condenação de todas as religiões e de todas as éticas, sabe que o modo mais comum de justificar a própria violência é afirmar que ela é uma resposta, a única resposta possível em dadas circunstâncias, à violência alheia. E daí a máxima que vale em todos os ordenamentos, mesmo nos menos dispostos a tolerar a violência: vim vi repellere licet⁹⁸.

Seguindo o raciocínio, o ilustrado autor complementa:

De resto, este mesmo argumento é usado pelo Estado para justificar o uso da própria violência, da chamada violência institucionalizada frente à violência revolucionária. É claro que a justificação da violência pela violência pressupõe que, das duas violências em oposição, uma seja originária e, portanto, injustificada. Não creio ser nada excepcional a observação de que a violência originária e injustificada, entre dois contendentes, é sempre a do outro. Qualquer pessoa que tenha assistido a uma discussão sabe que cada um se defende acusado o outro de ter começado. Como consequência, todo o ato de violência é ao mesmo tempo justificado por quem o pratica e condenado por quem a sofre⁹⁹.

Segue o autor denunciando os intelectuais que nada fazem para derrubar o Estado que tanto criticam e repudiam e que não exercitam seus cérebros para a compreensão das várias formas e graus de institucionalização da violência, próprias de vários tipos de regime, e, fazendo de cada talo de erva um feixe, terminam por assumir a responsabilidade de encorajar atos de violência politicamente insensatos, além de moralmente abjetos.

Ora, certo é que o Estado, seja qual for sua ideologia ou sistemática, é fonte repressora. Assim, todos os estados, vistos por uma ética da não-violência, são moralmente condenáveis; daí *precisamente nessa necessidade do uso da violência está a impossível, e por vezes inutilmente tentada, transformação da política em moral¹⁰⁰.*

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: UnB, p. 95.

⁹⁹ BOBBIO, N. op. cit., p. 95.

¹⁰⁰ BOBBIO, N. Idem, p. 96.

Isso conduz, sem qualquer possibilidade de argumentação, a afirmação de que a única possibilidade de limitar a violência seria concentrando-a, distinguindo-se a violência lícita da ilícita, declarando-se ilícita toda a espécie de violência privada; dessa forma, seria impossível a *guerra de todos contra todos*.

Ora, se lícita seria somente a violência estatal, necessário um rol de princípios e regras que viabilizem uma fiscalização e aplicação deste controle estatal sobre a violência institucionalizada.

Agora, este monopólio da violência estatal precisa ser discutido e limitado, donde toma grande importância o tema suscitado pela Dra. Vera Regina Andrade, ou seja, *A ilusão da segurança jurídica - do controle da violência à violência do controle penal*. Certo, também na lição de Bobbio, que o poder político se exerce, em última instância, pela força. Assim, qualquer que seja a solução dada ao problema pelos revolucionários de todos os tempos, dúvidas não restam: estes combatem o Estado não para destruir o aparelho de força, mas para apoderar-se dele ou criar um novo, como todas as revoluções vitoriosas demonstraram até hoje.

Com efeito, todos os estados, em maior ou menor grau, são repressivos. Isso não quer dizer que todos os estados sejam igualmente repressivos. Os extremos se apresentam como a democracia e a ditadura, em relação ao uso da força e exercício da função repressiva. A diferença fundamental entre as duas formas de regime reside no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa

transformação é que nas relações entre cidadãos e o Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima “Tem razão quem vence” é substituído pelo direito de paz fundado na heterotutela e sobre a máxima ‘Vence quem tem razão’.

A discussão sobre a legitimidade e alcance do poder do Estado seguramente remonta ao próprio período em que o homem constatou a existência da entidade estatal. Dessa forma, o limite do sistema (penal) é o limite da própria sociedade.

Globalmente considerada, pois esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexo funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. E deste desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada a demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção¹⁰¹.

Com isso, concluímos que a violência estatal, ao par de necessária (desde que controlada), é inata ao próprio Estado. Assim, a única maneira de se fazer cumprir as normas instituídas (justas ou injustas) é a previsão de uma sanção ao infrator. A diferença é que algumas são de ordem moralmente aceitáveis e outras nem tanto.

Mas para falar da violência do Estado e os aparelhos policiais é necessário falar da base legislativa e do sistema penal que a partir dela se estrutura e opera¹⁰².

Desde o modelo escravista, do Brasil imperial, o sistema penal era de base corporal, fundado na intervenção física que impõe dor, mutilação ou a morte do corpo do acusado, manipulado pelos proprietários de terras e de negros, ao ponto de existir uma continuidade (inclusive legal) entre a pena pública e o castigo doméstico.

¹⁰¹ ANDRADE, V. R. P. *op. cit.* p. 311.

¹⁰² BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n° 4, 1997. p. 145.

No processo recente de implantação do projeto neoliberal, segundo um modelo que subtrai ao Estado as possibilidades de intervenção econômica (salvo quando se trata de preservar grandes instituições bancárias exauridas pela rapinagem silenciosa da gestão privada) em face ao primado absoluto da lei da oferta e da procura, que conduz à desregulamentação dos mercados, à privatização de setores com sérias repercussões sociais, e a uma liberalização comercial e financeira indiferente diante da asfixia de amplos estratos produtivos nacionais, com o slado de quebra e desemprego agravado pelo deficit tecnológico que nos desqualifica para a disputa global pós-industrial entre economias de serviços, neste projeto neoliberal soa perceptíveis algumas transformações no sistema penal¹⁰³.

Aponta o autor para uma concepção moderna meramente retributiva, ou seja, atuou ilicitamente, seja punido.

No plano da prática, as operações do gênero 'tolerância zero' contribuem para reduzir as malhas da pescaria policial, com operações cuja ressonância publicitária não guarda qualquer relação com os verdadeiros problemas para os quais o sistema penal pode carrear sua amarga contribuição¹⁰⁴.

Assim, a única maneira de se legitimar a aplicação de eventual pena ou punição é a garantia de um processo justo, contraditório e alicerçado na mais ampla defesa possível.

A regra constitucional é clara como a luz solar ao determinar, no art.5º, que:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Bem, sem querer esclarecer o óbvio, é de se verificar, com certa tranqüilidade, a existência de duas afirmações na regra de ordem constitucional. Uma diz

¹⁰³ BATISTA. N. *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁴ BATISTA. N. *Idem.* p. 152.

respeito aos litigantes em processo judicial e administrativo (sic) que, por óbvio, devem gozar dos princípios do devido processo legal, com todos os subprincípios relativos àquela condição. Basta, para tanto, que o cidadão veja-se envolvido em processo judicial ou procedimento administrativo.

Agora, a segunda parte do art. 5º, LV da Constituição Federal, nos parece incompatível com a atual sistemática do inquérito policial. Senão vejamos: Se o envolvido em processo judicial e administrativo tem assegurados as garantias da ampla defesa e contraditório, porque a menção da regra constitucional em relação aos ‘acusados em geral’?

4.5. O garantismo

Como enfrentar a crise? Pergunta o jurista Streck¹⁰⁵.

Como já comentado, a doutrina garantista preconizada por Ferrajoli parece, no atual momento, ser um ponto de partida para a solução desta malsinada crise.

Fica facilitado o entendimento da matéria quando nos utilizamos dos ensinamentos de Amilton e Salo de Carvalho:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados¹⁰⁶.

¹⁰⁵ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica (em) crise*. p. 272

¹⁰⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

Diz o mestre italiano que:

O primeiro pressuposto da função garantista do direito e do processo penal é o monopólio legal e judicial da violência repressiva. O Direito e o processo, com efeito, garantem contra a arbitrariedade enquanto representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força com fins de defesa social. Pouco importa que em um país não exista pena de morte se este se inflige ilegalmente, caso de muitos regimes ditatoriais, ou extra-legalmente, como ocorre em muitos países avançados nos choques armados entre a polícia e os delinqüentes. Pouco importa que no processo penal e no interrogatório judicial estejam limitados por mil garantias da defesa nem sempre se admite, como na Itália, a intervenção do defensor desde o primeiro contato do suspeito com a polícia ou com a acusação pública (grifo nosso). Pouco importa, finalmente, que a Constituição garanta, como princípio, o habeas corpus e o monopólio exclusivo da autoridade judicial em questões de liberdade provisória, se depois as prisões policiais se praticam ilegalmente ou se a própria lei confere à polícia poderes discricionários para restrição da liberdade. O que importa, ante tudo, é a efetividade do edifício teórico e normativo integrado pelo direito penal e processual, isto é, que os delitos e as penas sejam somente determinadas pela lei penal, e que a comprovação dos primeiros e a imposição das segundas sejam somente obra da autoridade jurisdicional através das formalidades que lhe são próprias¹⁰⁷.

Vivemos, atualmente, sob a pressão da sociedade para o fim ou, pelo menos, o controle da violência. Postura do presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, foi cobrada pela comunidade nacional bem como pela mídia, face aos reiterados noticiados sobre violência urbana e criminalidade violenta.

A problemática que se apresenta é justamente como controlar a violência e a criminalidade sem tolher ou restringir as garantias constitucionais.

No caso limite e dramático se apresenta quando esta divergência entre o nível normativo e da legalidade e o efetivo da realidade alcança a forma terrível que foram vividas pelos regimes militares da América Latina. Mas também nos ordenamentos que respeitam formalmente o princípio da legalidade, o monopólio legal e judicial do uso da violência podem ser burlados por poderes

¹⁰⁷ FERRAJOLI, L. *op. cit.* p. 763.

*paralelos que, em matéria de liberdades, concedem a própria lei às forças policiais*¹⁰⁸.

A perigosa esteriotipação do 'cliente penal' é enfrentada pelo jurista italiano. O modelo nazista do 'tipo normativo do autor' (Tätertyp) ou o estanilista do 'inimigo do povo', se mostram, em alguns modelos, presentes e arraigados na cultura jurídica. Assim, por vezes, a figura do criminoso encontra-se associada potestativos como reincidência, ociosidade, vagabundagem, entre outros. Com efeito, a rotulação do delinquente apresenta-se como um dos dificultadores da pacificação social a partir do garantismo.

Defende Ferrajoli que evidentemente o processo de democratização da justiça penal cresce com a redução do sistema penal preventivo ou de polícia e com a ampliação do ordinário retributivo. Crescendo, sobremodo, com a redução do amplo sistema de desvios e abusos proporcionados por práticas policiais ilegais divorciadas da normatividade e efetividade do monopólio penal e judicial da violência estatal.

A polícia, segundo Walter Benjamin, é uma mistura de dois tipos de violência: 'la que pone y la que conserva el derecho', separadas, em sede de princípios, e confiadas respectivamente ao poder legislativo e judiciário, e, por óbvio, ao poder executivo. Essa particular característica sua, que faz com que participe de todos os poderes do estado, depende da ambigüidade da sua função e de sua dualidade institucional. A polícia é, com efeito, uma atividade administrativa formalmente organizada como dependente do poder executivo. Agora, ao contrário de outros ramos da administração pública, atua em contato direto com as liberdades fundamentais; e aí tem que atuar não somente com a função de auxiliar a jurisdição, como também no exercício das competência próprias e autônomas, como são as preventivas e cautelares frente a sujeitos perigosos e suspeitos.

Dessa forma, escapa a polícia do controle do monopólio estatal da violência justamente por esta ambígua funcionalidade - em uma zona fronteira entre a legislação e

¹⁰⁸ FERRAJOLI, L. *op. cit.* p. 764.

a juridicionalidade - gozando de discricionariedade de uma e a força da outra, porém, desvinculada das fontes de legitimação de ambas.

Ainda que fosse o único conhecido, o famoso caso dos irmãos Naves, em Minas Gerais, seria o suficiente para ensejar uma dissertação e reflexão sobre a investigação policial e seus matizes.

Isso, aliado aos vários casos de irregularidades em inquéritos policiais, culminou, no RS, com recente caso onde dois agricultores, cujos nomes já foram referidos, fossem submetidos a plenário do Júri acusados de duplo homicídio qualificado, em função de um inquérito policial digno de análise e crítica (estudo de caso).

A partir deste procedimento em concreto, cujo desenrolar ensejou procedimentos contra o Delegado por crime de tortura, vislumbramos a importância do tema, que foi o fio condutor deste projeto que pretende, ciente das dificuldades e entraves, rediscutir a instituição da investigação policial frente aos preceitos do direito penal mínimo e, principalmente, do garantismo.

A doutrina garantista, segundo Ferrajoli, citado por Lenio Streck¹⁰⁹, preleciona a sujeição do juiz ao texto legal infraconstitucional somente enquanto a lei for válida, ou seja, em consonância com a Constituição. Para tanto, seguindo-se os ensinamentos do mencionado doutrinador italiano, há que se fazer toda uma filtragem das normas anteriores à Constituição, para compatibilizá-las com a nova ordem constitucional, diga-se privilegiadora das liberdades e direitos individuais.

Nesta senda, a lição trazida por Copetti nos é útil:

Para que se torne possível alcançar essa proposta de minimização do direito penal, apontando para uma massiva deflagração dos bens jurídico-penais e das proibições legais, como condição de sua

¹⁰⁹ STRECK, L. L. Tribunal do júri, símbolos e rituais. p. 64.

legitimidade, necessariamente teremos que submeter a uma revisão, dentro de uma perspectiva garantista de realização do Estado Democrático de Direito, não só o nosso aparato coercitivo legal e institucional, mas também nosso modelo normativo de direito penal, nossa teoria jurídica relativa às categorias conceituais de vigência, validade e eficácia, bem como a concepção de filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado suas cargas de justificação¹¹⁰.

A forma (processual) condiciona, quando não determina aspectos essenciais de fundo, sobretudo ante a ausência de determinadas exigências.

Isso é particularmente visível quando se trata da justiça penal. Sempre e inclusive no melhor dos casos. Muito em particular em processos com inspiração inquisitiva, é dizer naqueles que não respondem ao desiderato do processo informativo de Beccaria. Nestes casos, o instrumento se carrega de implicações materiais convertendo-se em uma contraditória espécie de meio-fim, que antecipa desde o início conseqüências penalizadoras de caráters irreversíveis¹¹¹.

Assim, como retrata o autor espanhol, o processo acaba sendo uma pena acessória, tal as mazelas e vicissitudes a que são submetidos o acusado.

Curiosa e contraditoriamente, este anti-modelo processual reclama de si mesmo uma máxima neutralidade; proclamando ao mesmo tempo a fira e asséptica relação instrumental com o direito material, que em tais casos - a experiência histórica do sistema penal dos antigos regimes e mais recentemente dos facismos, ensinam - ser um confuso universo normativo premido de implicações moralizantes. Quanto mais ofensivo é o processo na prática, maior será a ênfase da adjetividade de seu caráter¹¹².

¹¹⁰ COPETTI, André. *Direito penal e Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107.

¹¹¹ IBÁÑES, Perfecto Andrés. Garantismo e processo penal. *Revista de la facultad de derecho de la universidad de Granada*, Granada, n° 2, 1999. p. 47.

¹¹² IBÁÑES, André. *op. cit.*, p. 48.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho iniciou-se por uma análise sobre a crise do direito, fixando-se nos ramos do direito penal e processual penal, postulados probatórios, além de princípios, resgate histórico do inquérito policial, análise do instituto frente ao direito comparado, as mazelas do sistema de investigação policial, relato de casos e, finalmente, algumas considerações sobre legislação investigatória, sempre com algumas referências jurisprudenciais.

Após o exame, certamente sem esgotar o tema, das peculiaridades em matéria do sistema de investigação preliminar criminal, percebemos que o assunto, longe de se manifestar como pacífico e incontroverso, abriga celeumas e discussões de ordem doutrinária e jurisprudencial que, ao longo da pesquisa e colacionamento de arestos, principalmente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, procurou-se clarear o âmbito de incidência da validade, legitimidade, eficácia e manutenção do inquérito policial, passando-se por sua origem histórica, rito, competência e análise jurisprudencial, a ponto de colaborar para a discussão de relevante tema.

É certo que a discussão sobre direitos e garantias individuais, e a liberdade - precedido somente da vida - parece-nos ser o direito a ser defendido e garantido, é tema a ser enfrentado e discutido, principalmente neste momento histórico onde presenciamos a virada de milênio e a busca do respeito aos direitos humanos toma relevância inédita.

É, pois, o processo penal, notadamente o inquérito policial, pedra de toque,

até historicamente, onde podemos balizar o grau de liberdade e garantias individuais, simplesmente estudando a forma como se realiza o caderno policial.

Como colaboração, procuramos esclarecer identificar, se isso é possível, os pontos chave da crise nos sistemas penal e processual penal. Buscamos proporcionar, embora uma análise total merecesse uma dissertação específica sobre o tema, uma visão sobre a atual crise que, longe de cingir-se somente ao campo do direito, tem nele mais consequências do que causas.

Tentamos traçar uma noção sobre o descompasso entre a Constituição e as regras ordinárias que se referem ao direito material e o procedimental, apontando para algumas contradições e equívocos, principalmente levando-se em conta a doutrina garantista, também brevemente analisada.

Verificamos, neste particular, a crise, tão apregoada pela moderna doutrina e olvidada pelos 'juristas de plantão', preocupados demais com a dogmática que esqueceram da justiça.

Passamos, depois, para um estudo sobre a prova, enfocando, por dever de ofício, seus aspectos constitucionais. Procuramos fazer cotejo entre os princípios básicos do processo como um todo, fixando-se no processo penal, e as deficiências provocadas pela legislação ritualística e o inquérito policial, arcaico, superado e produtor fértil de desrespeito aos direitos individuais e injustiças.

No estudo dos precedentes históricos, sem receio de nos alongarmos, pois a compreensão da origem dos institutos jurídicos certamente em muito contribui para a aplicação e análise destes no atual momento, vimos como o instituto da polícia, como um todo e, mais adiante do inquérito policial se modificaram com o tempo e, principalmente no Brasil, como foi tratado o sistema de investigação preliminar do processo penal.

Vimos que, desde a adoção das ordálias, tormentos e torturas, autorizadas por lei e de prática usual, muito se evoluiu. Mas ainda estamos longe de um sistema processual capaz de ser lido, sem contraposições, com a Constituição Federal.

Procuramos, para uma comparação científica, analisar o instituto da investigação criminal nos diversos países da Europa e nos Estado Unidos, para, conhecendo, ainda que perfunctoriamente, o direito alienígena, pudéssemos ter uma base para a discussão do inquérito policial no Brasil.

Constatamos a necessidade de urgente modificação. A atual sistemática de investigação esta longe de, primeiro, garantir os mais básicos direitos constitucionais, é fonte de corrupção e desmando no processo penal.

Enganam-se aqueles que imaginam ser o Ministério Público o *dominus litis* e ser o juiz o órgão, dotado de jurisdição, o que vai julgar o fato. A bem da verdade, na atual realidade normativa nacional, o delegado de polícia é o dono da ação penal, o julgador e o advogado.

Querendo, e isso na prática é muito fácil, pode o responsável pela investigação inventar delitos, desaparecer com provas, enfim, fornecer dados ao promotor totalmente desvinculados da realidade. O membro do Ministério Público, então, totalmente dependente da polícia, acaba por reproduzir a conclusão do caderno policial. Por sua vez, o juiz, acostumado a repetir a prova policial, vai ficar amarrado aos postulados acusatórios e reproduzir, mais uma vez o determinado pela autoridade policial.

Certo, também, que nem todos os policiais e delegados são corruptos e mal intencionados, mas estes, colaboram para àqueles no momento em que se omitem e possibilitam a manutenção do *status quo*.

Ademais, em termos gerais, normalmente os juízes têm visto com reservas as provas produzidas no inquérito policial. Que, além e em muito pouco colaborar para a solução do processo, é berço de inúmeros desrespeitos aos direitos e garantias constitucionais.

Vimos, também, a problemática da prova ilícita. Aquela proveniente de escutas clandestinas, abuso de poder e violação da intimidade do investigado, analisando o princípio da proporcionalidade e os princípios de origem norte-americana no trato com a prova ilícita.

Abordamos, da mesma forma, a confissão como meio de prova. Preparando o estudo de caso, onde a confissão arrancada por meio de tortura deu ensejo a erro judiciário lamentável.

Quem conhece a realidade forense e, mais amiúde a realidade dos distritos policiais, sabe que a violência é considerada como normal, tanto por parte dos investigadores como por parte dos policiais militares, normalmente aqueles que primeiro tomam contato com o delinqüente.

Mais triste que essa realidade é a significativa aprovação deste tipo de violência pela comunidade média brasileira. Afirmações como 'vagabundo tem que apanhar mesmo', 'tem mais é que matar', são ouvidas, diariamente, nos bares, corredores, especialmente após o noticioso das 20h.

Assim, a investigação criminal, por ser de 'propriedade' da autoridade policial, segue o ritmo que o delegado imprime e, a falácia do controle da criminalidade tem seu início, conforme exposto no corpo do trabalho.

No estudo específico do inquérito policial, comentamos brevemente as primeiras tentativas de repúdio ao sistema vigente na Europa antiga. Buscamos, ainda, analisar os problemas da sistemática atual sobre investigação pré-processual. Questões como a 'idade' da legislação processual, a modificação da realidade forense, bem como a própria modificação na realidade criminosa.

Concluimos que o inquérito policial precisa, sem sombra de dúvidas, de urgente modificação. Não defendemos a simples extinção do caderno policial e da instituição da Polícia Civil até porque outra, talvez ainda mais corrupta, ocupasse seu lugar.

Pretendemos uma redefinição do papel da polícia, como investigadora e, necessariamente, formas de fiscalização do promotor na atividade investigatória e do juiz na atividade do fiscal, visando a garantia dos direitos constitucionais.

Realizamos propostas, de maneira singela e despretensiosa, embasado em sugestões de renomado autor, de modificação legislativa e institucional do inquérito policial e da polícia como um todo.

A forma de investigação, o zelo pelos direitos constitucionais, a modificação no rito, prazos e fins da investigação, foram analisadas e discutidas.

Fica patente, como foi reiterado durante toda a discussão, a necessidade de modificação ampla talvez a ponto de não mais se reconhecer o inquérito policial como o vemos atualmente.

Realizamos, brevemente, discussão sobre o garantismo, explicitando do que se trata, postulados básicos e aplicabilidade ao assunto abordado no presente trabalho.

Como o direito penal, e não poderia se outra sua função, é de pacificação social, abordamos, também resumidamente, a questão da violência no Estado Democrático de Direito, numa leitura de Bobbio fazendo, também, referências sobre a realidade nacional.

Fica a impressão que, dentro de limites expressamente fixados, a única violência admissível é, por paradoxal que possa parecer, a estatal. Esta violência será empregada, única e exclusivamente, na garantia da manutenção da ordem e paz social.

Explique-se que a violência não necessariamente é o uso da força física, mas sim, por exemplo, a submissão de cidadão à investigação policial, ou determinando contra ele processo criminal e, ao final, se for o caso, restringindo-lhe liberdade física ou outra pena aplicada.

Assim, quando constatamos a 'legitimidade' da violência estatal, devemos limitá-la ao necessário e indispensável. Este freio é justamente a previsão constitucional dos chamados direitos de primeira geração, ou seja, o não fazer por parte do estado, o abster-se, para garantir o pleno gozo dos sagrados princípios constitucionais de respeito ao indivíduo.

Realizamos, por termos em mente a importância do assunto, estudo de caso, onde resgatamos, de passagem, célebres casos de erro judiciário, esmiuçando o clamoroso caso dos Irmãos Naves, o caso Joel, no Rio Grande do Sul e, por ser o motivo e inspiração deste trabalho, recente caso envolvendo dois agricultores na Comarca de Planalto, interior gaúcho, trazendo, embora pareça impertinente, cópia fiel dos depoimentos prestados e peças processuais.

Pretendeu-se, com isso, demonstrar ser plenamente possível cometer toda a sorte de injustiças quando se acredita cegamente nos postulados de uma investigação policial leviana, corrompida ou viciada.

Queremos alertar para a ocorrência, quase que diária, de pequenos erros, propiciados por investigações policiais defasadas, dirigidas e incompletas que, ao invés de se prestar ao seu papel - indícios de autoria e prova da materialidade - produzem erros grosseiros e de difícil reparação.

Preocupamo-nos em demonstrar que a falta de identificação com o problema, diga-se por parte de todos os envolvidos no processo - inclusive os advogados - colabora em muito para a repetição de erros judiciários.

Violência, abusos, desvios, são a ponta do *iceberg* da geleira onde a crise se instalou. E esta quase que criminosa omissão por parte dos promotores e juízes, além, é claro dos advogados, permite que se cometam injustiças contra os 'clientes penais', sendo desnecessária digressão sobre o tema, de entendimento unânime dos estudiosos do processo e direito penal.

Mas a questão preocupante é justamente em relação aqueles processos que não provocam clamor, que a imprensa não explora e que talvez produzam mal menor ao acusado e, por isso, são esquecidos e, muitas vezes, sequer apurados.

É justamente para estes pequenos abusos, que devemos voltar os olhos, e, cada qual em sua atividade, não olvidar da Constituição no enfrentamento de matéria tão delicada, qual seja, o direito alheio.

Ao final, realizamos considerações sobre as legislações atuais sobre investigação criminal, especificamente a lei que autoriza a escuta telefônica. Com

enfrentamento doutrinário e jurisprudencial, principalmente no que tange ao entendimento da 5ª Câmara criminal do TJRS, onde os desembargadores possuem entendimento diverso, espelhando a doutrina garantista, forma única de interpretação das normas infraconstitucionais.

Assim, embora reconhecendo-se a distância de um esgotamento do assunto, entendemos atingida a proposta inicial, qual seja, dentro do processo penal, mais especificadamente no sistema de investigação preliminar criminal.

Procurou-se fazer menção sobre a necessidade, sempre reiterada, de modificação legislativa e de leitura garantista dos textos legais, com mais razão quando estes textos são, em menor ou maior grau, repressores das liberdades. A doutrina garantista, pelo que se conclui, parece ser a resposta, pelo menos neste momento, para abrandar a atual crise.

Buscou-se, longe de apontar soluções, suscitar discussão sobre as mazelas do instituto. Talvez a comparação com o direito norte americano e europeu, em cotejo com o brasileiro, seja um demonstrativo desta realidade.

No discorrer do texto, trazemos arrestos jurisprudenciais de modo a colaborar com a compreensão das normas avaliadas no contexto prático servindo, da mesma forma, como fonte de consulta para abalizar o sustentado no presente trabalho.

Com isso, temos que foram atendidos os propósitos desta dissertação, já que, como salientado, não esgotando o assunto, analisamos panoramicamente o tema proporcionando condições deste prestar-se como fonte de consulta e fonte, como desejáramos, de inquietação, notadamente dos profissionais que tenham de atuar neste ramo belo, apaixonante e controvertido do direito penal/processual.

Assim, quando do trato com o direito na lide diária dos foros, mas, especialmente para desenvolver um senso crítico aos acadêmicos, devemos voltar os olhos para um trabalho sério, voltado para a distribuição da justiça e respeito aos direitos fundamentais.

O papel do juiz, do acusado/investigado, do advogado e do Ministério Público foram suficientemente esclarecidos, a ponto de se apontar com razoável segurança as modificações relevantes a serem procedidas.

Assim, a busca da efetivação dos direitos passa, necessariamente, pela análise e aplicação da doutrina garantista, já que de nada adianta uma sociedade saciada sob o ponto de vista material e carente do exercício pleno dos direitos e da cidadania.

Nesta interminável dicotomia entre judiciário e justiça, esta última somente será veículo de libertação quando os oprimidos tiverem livre e gratuito acesso aos tribunais, existam advogados verdadeiramente vinculados às causas e os juízes não estejam comprometidos com os opressores. Viveremos, nas sabias palavras de João Baptista Herkenhoff, a vitória da não-violência dos oprimidos ante a violência institucionalizada dos opressores.

Resta-nos a esperança, basta ver a qualidade da bibliografia consultada, que muitos já se deram conta disso e, rezamos, acreditando que a mudança é só questão de tempo....

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.

ALAMY FILHO, João. **O caso dos irmãos Naves - um erro judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica - do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XXI**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.

BERGMANN, Érico. **Prova ilícita a Constituição de 1988 e o princípio da proporcionalidade**. Estudos MP5. Porto Alegre: ESMP, 1992.

BISOL, José Paulo. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, p. 47, 28/11/2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Persecução penal**. Porto Alegre: Aide, 1987.

BRASIL. Comarca de Planalto. Rio Grande do Sul. Processo-crime 2292/592, 1996.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 297020141, 3 Câmara Criminal do TARS, Montenegro, Rel. Luis Carlos Ávila de Carvalho Leite. j. 04.12.97.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. REV nº 296043276, 2 Grupo Criminal do TARS, Iraí, Rel. Aido Faustino Bertocchi. j. 11.08.97.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime 698141561. 5 Câmara criminal TJ-RS. Rel. Des. Hamilton Bueno de Carvalho.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade - uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o solho de uma nova polícia. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, n. 3 Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

_____. Outros aspectos da criminalidade da polícia. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 5 e 6, 1998.

COELHO, Walter Marcilgil. **A prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. **Revista Ciência e Política Criminal em Honra a Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A lei de interceptação telefônica. Justiça Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1997.

_____. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1995.

IBÁÑES, Perfecto Andrés. Garantismo e processo penal. **Revista de la facultad de derecho de la universidad de Granada**. Granada, n. 2, 1999.

KARAM, Maria Lucia. Segurança pública e processo de democratização. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 5 e 6, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais. A tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 10, v. IV, Vertice, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS, Ricardo Cunha. **O homem errado, caso Joel - História de um erro judiciário e algumas considerações sobre a prova criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MENDES JÚNIOR, João. **Direito judiciário brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1918.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Murilo de Macedo e outros. A atividade policial, o delegado de polícia e o controle do MP. **Revista da ADPESP**, São Paulo, n. 19, p. 42, 1994.

PINTO, José Basílio de Souza. **Lições de direito criminal**. Rio de Janeiro: 1847.

RAIMUNDO, José Guilherme. **Inquérito policial - procedimentos administrativos e ação penal**. São Paulo, Leud, 2000.

REPERTÓRIO das Ordenações e Leis do Reino de Portugal, 1859, tomo IV, vb. Tormento, p. 430/431.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Renovar, 1999.

SCHMITT, Conrad J.; WOODFORD, Protase E. **Derecho y criminologia**. New York: McGraw-Hill, 1992.

SEMINÁRIO Reforma do Código Penal. Assembléia do Estado do Rio Grande do Sul. 1988.

SILVA, Cláudio Barros. Em palestra proferida no dia 24 de novembro de 2000 no seminário jurídico da UNOESC, Xanxerê, com o título, Ministério Público: atuação no III milênio.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. São Paulo: Saraiva, 1910.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Hermenêutica jurídica (em) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Tribunal do júri símbolos e rituais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995.

TOVO, Paulo Cláudio. **O Inquérito Policial em sua verdadeira dimensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **Democratização do inquérito policial. Estudos de processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

VIEIRA, Hermes. **Formação histórica da polícia de São Paulo**. São Paulo: Ledur, 1965.

ANEXOS

Anexo I - Relato de Casos

O ERRO JUDICIÁRIO SE REPETE - RELATO DE CASOS

No campo do direito criminal a única defesa do cidadão é clamar pelas suas garantias legais contra a persecução penal do Estado, que deve observar criteriosamente as normas do devido processo legal, que nas sociedades não-totalitárias garante ao acusado a ampla defesa, que deve ser exercida dentro das regras inarredáveis, mais de garantias, de que de controle. Entra aqui o complexo problema da aplicação da lei penal ao caso concreto, que passa, obrigatoriamente, pelo enfrentamento da prova.

Tal instrumento de defesa que o cidadão encontra na esfera criminal, nem sempre se consegue na esfera do conflito privado social, visto o equivocado conceito existente de Justiça: dar a cada um o que é seu. Pergunta-se: como ficam aqueles que nada têm? Estes, pelo conceito, inegavelmente estão excluídos do sistema, pois nada possuem... Ao menos o conflito penal a lei lhes dá (aos que nada têm) certos direitos e garantias. Um destes direitos é a garantia do contraditório: o enfrentamento da prova. Ao menos na sociedade democrática esse direito os pobres têm: o da defesa. Embora condicionado à boa vontade de um defensor, ou aos bons olhos do julgador, em lhe garantir tais direitos. Entra aqui a intensidade maior ou menor do erro judiciário.

Quando se fala em erro judiciário, imediatamente se pensa nos registros históricos: o caso Dreyfus; o caso Sacco e Vanzetti; o caso Mota Coqueiro; o caso dos Irmãos Naves, e tantos outros registrados na história. No entanto, cumpre lembrar que certamente muitos outros ocorreram e ocorrem, cujo registro não ficou e não ficará para a história, tampouco ficaram conhecidos, muito menos houve tempo para repará-los... É o erro que o silêncio emudeceu e que a prisão sepultou¹¹³.

São muitos os erros provenientes de vícios e violência nas investigações policiais. O presente trabalho buscou realizar uma análise geral sobre o inquérito policial como um todo, notadamente sua ineficácia.

¹¹³ MARTINS, Ricardo Cunha. *O homem errado, caso Joel - História de um erro judiciário e algumas considerações sobre a prova criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 146.

É que o autoritarismo do sistema inquisitorial, ainda que aplicado apenas em parte, favorece tais infortúnios.

Manuel da Mota Coqueiro foi executado em virtude de homicídio múltiplo consumado em Francisco Benedito da Silva e sua família, com queima d e cadáveres, inclusive crianças, no longínquo 12 de setembro de 1852, no lugar chamado Macabu, Rio de Janeiro.

Em 1852, Mota Coqueiro foi o último brasileiro a sofrer execução da pena de morte porque depois de ter seduzido a filha do seu agregado e, diante da reação deste, teria mandado queimar a casa e causado a morte de toda a família da vítima. Foi condenado à morte porque tinha motivos para praticar aquele delito. Tempos depois, descobriu-se fora sua mulher a mandante do crime. A partir de então, a pena de morte que ainda existiu por muito tempo no Brasil, na lei, deixou de ser aplicada por recusa expressa do Imperador¹¹⁴.

Assim, o erro judiciário praticamente é tão antigo como o próprio processo criminal brasileiro, fruto de um sistema falho e pouco confiável.

O passar dos anos mostrou ser isso verdadeiro, basta ver a repetição de inúmeros erros, donde se salientam alguns mais conhecidos.

1. O caso dos irmãos Naves

Que acadêmico de direito não se revoltou ou se mostrou indignado quando o professor de Direto Penal ou de Processo Penal fez referência ao Caso dos Irmãos Naves. Este exemplo de terrível erro judiciário ocorreu na década de 30 no estado de Minas Gerais e provocou séria discussão sobre a influência do inquérito policial nas decisões judiciais,

¹¹⁴ TOVO, Paulo Cláudio. *Democratização do inquérito policial. Estudos de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2. 1999, p. 224.

principalmente quando os autos de investigação são supedaneados em técnicas corruptas, violentas e desrespeitadoras dos mais basilares direitos humanos.

Consta que os irmãos Naves, Sebastião e Joaquim, primos de Benedito, envolveram-se, como sócios, em compra e venda de cereais, onde Benedito, premido pela ganância, foge com grande quantia em dinheiro. Seus primos, os irmãos Naves, suspeitos de homicídio, são vítimas de inquérito policial violento e cruel. Submetidos uma, duas, três vezes ao plenário do júri e, finalmente, condenados. Joaquim falece durante o cumprimento da pena e Sebastião tempos depois, mas também sem ver a justiça e a merecida indenização estatal por terrível engano.

Foram condenados por auto de exame de corpo de delito indireto, uma vez que o corpo não fora nunca encontrado - e nem poderia, já que a suposta vítima nunca morreu - bem como por 'confissão' arrancada a base de agressões covardes e desumanas, fruto de 'autoridade' que se mostra incompetente em esclarecer crimes preferindo a hediondez da inquisição para 'produzir a verdade' no procedimento criminal. "Assim, foi. Tendo conseguido a 'confissão particular' de Joaquim, após quinze dias de tormentos inarredáveis. Tornados farrapos humanos. Semimortos. Inconscientes. Espectrais. Já nada importava a Joaquim, senão livrar-se à tortura. Diria o que quisessem. Repetiria o que lhe dissessem para dizer. Nada sabia, mas subscrevia sem ler. Queria livrar-se. O resto não importava. Esqueceu-se do dinheiro. Era fácil confessar o homicídio de Benedito. Como quisessem. O corpo? Ora, a polícia daria um jeito também. Ficaria livre. Será mesmo que matei o Benedito? Quem sabe?"¹¹⁵. Do mesmo modo, "Sabendo que Sebastião, apesar e seu estado físico e mental, jamais se acusaria do crime perante o juiz, assistido por advogado, o delegado resolve tomar-lhe também uma 'confissão' que ultimasse a

¹¹⁵ ALAMY FILHO, João. O caso dos irmãos Naves - um erro judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 60.

comprovação do delito. Escolhe as trevas da noite. Finalmente, sem qualquer ressalva, porque foram rasuradas depois de confeccionados, com a data de 3 de fevereiro de 1938, provavelmente falsa, Sebastião 'se confessa' co-autor do latrocínio de Benedito Pereira Caetano. Era uma confissão ditada e escrita, exigindo-se do paciente a sua subscrição sem conhecimento de seu texto ou de sua validade, ou sem consciência do que fazia? Nada importava à polícia. Durante dois meses prepararam o esmagamento de Sebastião, para que apenas assinasse. Não precisaria ter trabalho algum. A confissão seria a mesma de Joaquim, minuciosamente preparada, com surpreendentes e inverossímeis detalhes. Bastava assiná-la e aquele maluco resistia e resistia. De bravura e resignação sem limites, Sebastião sofria a tortura, mas preferia sofrê-la à pecha de ladrão, num latrocínio inexistente. Os requintes de maldade contra Sebastião haviam chegado ao seu clímax, e tão profundamente impressionaram ao soldado Jonas, do destacamento local, que o levaram a dar baixa da polícia, para não desonrar a farda que vestia. Soldado brioso e de boa formação moral, não compreendia nem aceitava os crimes cometidos pelos seus colegas, em nome da lei, e chorava com os irmãos Naves, ao vê-los massacrados pela violência"¹¹⁶.

Agora, não raros são estes erros encontrados no dia-a-dia forense. Fato que, da mesma forma, chamou a atenção foi o no ocorrido no estado do Rio Grande do Sul, onde um homem fora submetido a procedimento irregular e, diante de uma soma de injustiças, somente ao final viu-se reconhecida sua inocência.

2. O caso Joel

No dia 10 de dezembro de 1989, por volta das 11h55min, nas dependências de uma empresa situada na rua Gen. Sebastião Barreto, no 37, Bairro Niterói, Canoas, denominada 'Gelo Rey', ocorreu um crime, em que resultou ferido e morto o comerciante

¹¹⁶ ALAMY FILHO, J. *op. cit.*, p. 124-125.

dono do estabelecimento, com 66 anos de idade. A vítima, embora prontamente socorrida, chegou sem vida no hospital¹¹⁷.

Com os dados do reconhecimento começou a investigação. A pessoa de nº 2 que foi reconhecida como sendo Hugo Fernando de Almeida, também apontada por diversas testemunhas que presenciaram a fuga dos dois assaltantes pela rua, logo após o fato, como sendo um dos autores do latrocínio. Portanto, o reconhecimento foi ao encontro da prova testemunhal. Assim, sem sombra de dúvidas, Hugo Fernando de Almeida foi um dos participantes. Outro aspecto importante é que um dos assaltantes restou ferido por ocasião do assalto. Hugo Fernando, na fuga, estava lesionado em um dos braços, sendo inclusive levado ao Hospital de Pronto Socorro onde foi atendido.

Hugo Fernando, conhecido como Fernandinho, tinha péssimos antecedentes policiais. Em vista da prova existente contra si, teve, duas semanas após o fato, sua prisão preventiva decretada.

No entanto, Hugo Fernando não foi encontrado pela polícia, não sendo ouvido no inquérito policial onde poderia esclarecer quem era seu companheiro no assalto, pois morreu logo após. Portanto, só restava descobrir quem era o outro assaltante, não reconhecido ainda.

A suspeita inicial recaiu sobre um tal de Carlinhos, pois a polícia era sabedora de comentários existentes entre os moradores da vila que Carlinhos ou Magrão teria, junto com Fernandinho, praticado o assalto. Sintomaticamente Carlinhos nunca mais foi visto. Neste sentido iria a investigação policial.

No entanto, um ofício remetido pelo Ministério Público alguns dias após o fato referia que a esposa da vítima teria reconhecido, por fotografia, sem maiores esclarecimentos, também Joel, como outro autor do fato. Cumpre esclarecer que Joel residia na mesma vila dos assaltantes.

A polícia continuava as buscas para prender Hugo Fernando, que estava com a prisão preventiva decretada. Com relação à pista de o outro ser Carlinhos, foram feitas algumas diligências que restaram negativas. Nunca foi encontrado.

O tempo passou. Quase dezembro meses após o fato chegou novo ofício, desta vez, do Juiz da 1ª Vara Criminal de Canoas, encaminhando um termo de reconhecimento por fotografia realizado perante o Juiz e o Promotor, em que foram mostradas fotografias de Joel existentes num inquérito que tramitava no foro, sendo reconhecido como o outro autor. O reconhecimento por

¹¹⁷ MARTINS, R. C. *op cit.*, p. 47.

fotografia é datado de 12 de setembro de 1990, nove meses depois do fato.

Em vista da solicitação do Juiz a autoridade policial ouviu Joel sobre os fatos. Joel negou a sua participação. No mesmo ato foi realizado o reconhecimento pessoal pela esposa da vítima, única testemunha presencial do fato, que já havia visto a fotografia de Joel. Reconheceu como sendo o segundo elemento, registrando, porém, algumas ressalvas: costeletas, pele mais morena e mais magro no rosto (fotografia). Pessoalmente cabelos mais claros e soltos e crescidos.

Cumpra registrar que tal foto mencionada que teria servido para o reconhecimento policial, nove meses após o fato, nunca apareceu, quer no inquérito, quer no processo¹¹⁸.

Com os dados da investigação policial, cerca de 20 meses após o fato criminoso, o Ministério Público ofertou inicial:

No dia 10 de dezembro de 1989, cerca de 11h45min, do interior da empresa Gelo Rey, localizada na Rua Gal. Sebastião Barreto, no 37, Bairro Niterói, Canoas-RS, o denunciado Joel Alves Picaz, em conjunção de esforços e vontades com Hugo Fernando Almeida, falecido (v. declaração de extinção de punibilidade de fls.) empunhando arma de fogo, mediante violência e grave ameaça, subtraiu, para si, uma bolsa feminina, de couro, contendo documentos pessoais e NCz\$ 2.500,00 pertencente a MLCF e uma importância em dinheiro, cujo valor não foi apurado, pertencente a HFF.

Naquele dia, a intenção do denunciado e de seu comparsa era de subtrair a fêria do estabelecimento comercial, mas foram impedidos ante a reação da vítima HFF, o que fez com que o denunciado desferisse-lhe tiros, produzindo-lhe lesões que causaram a sua morte por hemorragia interna, consoante auto de necropsia de fls. Com tal reação o denunciado só conseguiu levar os objetos acima mencionados¹¹⁹.

Por ocasião de seu interrogatório judicial, Joel negou o crime. Como álibi asseverou estar jogando futebol naquele dia e horário, nominando pessoas que com ele jogavam bem como outros que afirmavam ser uma tal Carlinhos o autor de crime. “Não fui eu... o bandido está na rua e toda Canoas sabe disso”, referiu o acusado. Na ocasião Joel

¹¹⁸ MARTINS, R. C. *op cit.*, p. 52-53.

¹¹⁹ MARTINS, R. C. *Idem*, p. 54.

estava recolhido ao Presídio central em função de segregação preventiva.

Sendo o acusado pobre, foi defendido por defensores públicos que, apontando irregularidades na prova, conseguiram a absolvição em primeiro grau. Esta decisão, no entanto, fora objeto de recurso por parte do assistente de acusação.

Em decisão unânime do TJ-RS foi condenado o réu a 21 anos de prisão, sendo expedido ordem de prisão.

A sentença transitou em julgado. Neste ínterim, a família de Joel empenhou-se em localiza e encontrar Carlinhos, o verdadeiro autor do crime. Nisso três anos já se passavam.

Preso, Carlinhos acabou por confessar a autoria do delito, mostrando rara semelhança física com Joel.

A partir deste fato, iniciou-se verdadeira batalha judicial para provar a inocência de Joel, com a interposição de Revisão Criminal que fora julgada improcedente. Em habeas corpus impetrado frente do STF, conseguiu a defesa anulação da sessão de julgamento do Tribunal de Justiça em função da não intimação da defesa do resultado do acórdão. Joel foi retirado do Presídio Central, por força da decisão em 22 de outubro de 1993. Ficou mais de um ano preso, contando com o período da prisão preventiva. No total, foram 450 dias de prisão fechada no Presídio Central de Porto Alegre.

Assim, em novo julgamento pelo Tribunal, também por unanimidade, negou provimento ao apelo para manter a absolvição determinada em primeiro grau.

3. O caso Geremias e Sabino

Estas histórias de horror e violência que somente povoavam a mente de um acadêmico de Direito, lamentavelmente se repetiram, sessenta anos depois, em uma pequena cidade do interior do Rio Grande do Sul, Planalto, onde a similitude do caso, com suas matizes próprias por óbvio, reascenderam aquele sentimento que acreditava somente ser possível frente a fatos do passado, lendas de um Brasil de antanho que produziu injustiças como a que relatamos acima.

Assim, para nossa surpresa, deparamo-nos, há pouco tempo atrás, com caso de clamoroso erro judiciário, que inclusive foi a inspiração para este trabalho e pesquisa que pretende, a partir deste equívoco, mostrar a fragilidade das decisões judiciais que se baseiam em inquérito policial viciado.

Consta do processo no. 2292/592-96, da Comarca de Planalto, onde figuram como autor o Ministério Público e como acusados GEREMIAS GOMES DE LIMA E SABINO SIBULSQUE em função da seguinte acusação:

No dia 10 de outubro de 1996, por volta das 19h, na propriedade de Agostinho Gnoatto, 4ª Seção, Planalto, os denunciados GEREMIAS DE LIMA E SABINO SEBUSLQUE, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, mataram, com golpes de faca e facão, a vítima JOCELI NOE DE OLIVEIRA, causando-lhe s lesões constantes do auto de necropsia da fl. 09 do feito policial, que anota 14 ferimentos cortantes nas regiões: 1º sob o couro cabeludo, com 5 cm de extensão na região occipital esquerda, posterior; 2º sob o couro cabeludo, com 4 cm de extensão na região occipital direita, posterior; 3º na face esquerda, na região malar, com 10 cm de extensão; 4º na região cervical lateral, com 08 cm de extensão, atingindo veia jugular e artéria e músculos laterais do pescoço (degola); 5º na região supra esternal, com 2 cm de extensão; 6º na região axilar anterior, com 4 cm de extensão; 7º na região do hipocôndrio direito com 4 cm de extensão, com perfuração do lobo inferior do pulmão direito, causando hemorragia no hemitorax direito; 8º no hipocôndrio esquerdo com 6 cm de extensão, com perfuração do estômago, diafragma e coração, causando hemorragia nas cavidades

abdominal e torácica; 9º na região do punho esquerdo, com 3 cm de extensão; 10º na região lombar, com 3 cm de extensão; 11º na região dorsal, abaixo da omoplata esquerda, com 4 cm de extensão; 12º na região lombar acima da omoplata esquerda, com 4 cm de extensão; 13º na região dorsal direita, acima da omoplata, com 3 cm de extensão; 14º entre as omoplatas, com 3 cm de extensão, que lhe causaram a morte por anemia aguda, em virtude da hemorragia.

Nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo, os denunciados GEREMIAS GOMES DA SILVA e SABINO SELBUSQUE, em comunhão de vontades e conjunção de esforços, mataram a vítima SILVINO ANTÔNIO GRAPLIGLIA, causando-lhe as lesões constantes do auto de necropsia da fl. 10 do feito policial, que anota 03 ferimentos cortantes nas seguintes regiões: 1º na região cervical lateral esquerda, com 12 cm de extensão; 2º na região cervical esquerda logo acima da anterior, com 6 cm de extensão; 3º na região cervical esquerda, logo acima da anterior, com 5 cm de extensão, que lhe causaram a morte por anemia aguda, em virtude da hemorragia.

Na ocasião, vítimas e denunciados foram pescar juntos, quando, em determinado momento, GEREMIAS e JOCELI começaram a discutir por causa de uma mulher chamada Ana Giacomoni, ato contínuo, entraram em luta corporal, momento no qual GEREMIAS puxou de um facão e golpeou o rosto de JOCELI.

Neste momento, GRAPLIGLIA tentou proteger JOCELI, quando GEREMIAS desferiu-lhe, também, golpes de facão deixando-o morrer agonizando no chão.

Ato contínuo, SABINO investiu contra JOCELI dando-lhe a inominável quantidade de 'estocadas' acima descritas, e quando este já estava inerte, no chão, GEREMIAS veio e lhe deu mais uma estocada.

O motivo, como dito, foi o ciúme de GEREMIAS em relação a JOCELI, sentimento considerado fútil para matar, segundo o senso moral médio da humanidade.

O meio foi cruel, ante a reiteração de golpes, em forma de agravar o sofrimento das vítimas¹²⁰.

Por mórbidas semelhanças, no pedido de prisão processual feito pelo Delegado de Polícia, estabeleceu-se a mentira:

Foram detidos no interior de Alpestre GEREMIAS e SABINO SEBULSKE, os quais residem juntos nesta cidade, encaminhados à

¹²⁰ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 03.

esta Delegacia de Polícia, prestaram depoimento, sendo que SABINO confessou a co-autoria no crime, os motivos do mesmo a as circunstâncias em que ocorreram. (Doc's anexo). GEREMIAS nega que tenha cometido os crimes. Foram apreendidas as armas usadas para os crimes¹²¹.

Em função da suposta autoria, já confessada por Sabino - a golpes e choques elétricos - foi a vez de Geremias enfrentar o seu algoz.

Na fase judicial, em frente ao Juiz de Direito, nova versão foi apresentada pelos acusados. Com efeito, Geremias, respondeu:

I - Não se encontrava no local dos fatos mencionados na denúncia; na hora e data referida na inicial, o interrogado encontrava-se em sua casa. II - Descônhece as provas contra si apuradas, deixando o exame das mesmas a cargo de seu defensor. III - À exceção de Leonardo, conhece as demais testemunhas arroladas na denúncia, nada tendo a alegar contra as mesmas. IV - Prejudicado. V - Não é verdadeira a imputação que lhe é feita. VI e VII - O interrogado encontrava-se em sua casa na hora mencionada na inicial; também ali se encontravam o co-réu Sabino e o filho Flaviano. Não sabe quem matou as vítimas; 'por disque' afirma que teria sido o irmão do interrogado, Getúlio Gomes de Lima. Não foi pescar com as vítimas no dia do fato. O interrogado, na polícia, ficou por mais de uma hora no 'pau de arara', mostrando sinais de ferimento em ambos os antebraços; também sofreu choques elétricos; os policiais queriam que o interrogado confessasse o duplo homicídio, mas ele chegou a mencionar "que poderiam matá-lo mas não assumiria, porque é inocente" (grifo nosso). VIII - Nunca foi preso e nem processado; constitui seus defensores os Drs. Otacílio Vanzin, Valdir Vanzin e Antônio Scaravonatto, os dois primeiros presentes, os quais ficam cientes do prazo para apresentação de alegações preliminares e da audiência, desde já designada para o dia 06 de novembro de 1996, às 14:00 horas, do que fica ciente, igualmente, o acusado. Nada mais¹²².

Por seu turno Sabino, em juízo, respondeu:

I - ou melhor, o acusado quer usar de seu direito de permanecer em silêncio, de vez que alega ainda estar "chocado" com o que passou na polícia, onde teria sofrido agressões, isto pelos policiais de Frederico Westphalen; compromete-se a dar sua versão sobre os fatos, perante o Tribunal do Júri, ou durante a instrução do feito. VIII - Nunca foi preso e nem processado. Constitui comoseus

¹²¹ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 10.

¹²² Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 76.

*defensores os Drs. Otacílio Vanzin, Valdir Vanzin e Antônio Scaravonatto, os dois primeiros presentes, os quais ficam cientes do prazo para apresentação de alegações preliminares e da audiência, desde já designada para o dia 06 de novembro de 1996, às 14:00 horas, do que fica ciente, igualmente, o acusado. Nada mais*¹²³.

Mais tarde, já superado o trauma de depor, o acusado Sabino, em novo interrogatório, referiu:

*I - Não se encontrava no local eao tempo em que foi cometida a infração. Estava em sua residência. Esclarece que na época morava junto com o co-acusado Geremias na Vila Pró-Morar em Planalto. Ao II - Deixa a análise das provas a cargo da defesa, Ao III - Conhecia de vista a vítima Joceli, bem como as testemunhas, com exceção de Agostinho, nada tendo a alegar contra elas. Ao IV - Prejudicado. Ao V - Não é verdadeira as imputações que lhe são feitas. Não sabe quem teria sido o autor dos fatos. Na hora dos fatos encontrava-se na residência do co-réu e um filho deste, chamado Flaviano. Quando do evento foi com Geremias na casa de Ana Giacomoni. Saíram por volta das 17 horas e retornaram quando o sol estava se pondo. Não sabe precisar a hora. O depoente bebeu bebida alcoólica. O outro réu não. Não sabe o que havia entre Ana e as vítimas. Foi preso em Planalto e após levado até a DP de Frederico Westphalen, onde foi surrado e “levou choque”. O co-réu também foi agredido fisicamente. Foi agredido para que admitisse a autoria dos fatos. Por isso inventou uma história (grifo nosso). Não sabe nominar o nome dos policiais que lhe agrediram. Referiu ainda que “ficou com problema físico na perna” em razão das agressões na polícia. Ao VIII - nunca foi preso ou processado anteriormente. Constitui seu defensor o Dr. Otacílio Vanzin, que deverá ser intimado para apresentar defesa prévia no prazo legal. Nada mais*¹²⁴.

Uma vez concluída a instrução, foram ambos os réus pronunciados, retirando-se, entretanto, ambas as qualificadoras, decisão esta que se manteve intacta mesmo frente a recurso interposto pelos advogados de defesa. Ofertado libelo crime acusatório (por este mestrando), contra-libelo e marcado o plenário, descobre-se que os autores do crime são outros.

¹²³ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 77.

¹²⁴ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 118.

Passaram-se, entretanto, um ano e seis meses da prisão onde os acusados foram vítimas das mais cruéis e violentas torturas, aplicadas pelo titular da delegacia de Iraí, que respondia pela circunscrição Planalto, e sua equipe de policiais.

Tamanha a má-fé dos 'agentes de segurança pública' que os acusados foram levados para a Delegacia de Polícia de Frederico Westphalen, há uma considerável distância do distrito da culpa. Lá, a exemplo do que ocorreu com os irmãos Naves, foram espancados, afogados, sofreram choques elétricos no escroto e ouvidos, além de inomináveis constrangimentos.

Na verdade, os autores de hediondo crime foram VITÓRIO FUMA e JOSÉ PEDROSO DE BRITO, assassinos confessos da prática até então imputada aos acusados, gize-se, segregados desde longa data.

No libelo-crime acusatório o Ministério Público requereu, como imprescindíveis, a oitiva das testemunhas Juarez Francisco Mendonça, Delegado de Polícia que realizou a investigação, bem como de Adilson Luis Teixeira, policial civil, servindo juntamente com o mencionado Delegado.

Pela oportunidade do plenário do júri, o Delegado juntou atestado médico onde justificava sua ausência por 'motivos de saúde', não comparecendo para ser interrogado pelas partes na sessão de julgamento.

Novamente inquiridos, Geremias relatou:

No dia dos fatos, estava em casa, tocando gaita, juntamente com sua família e o co-réu Sabino. No dia 14 estava trabalhando junto com Sabino, quando a polícia chegou e levou os dois. Conhecia as vítimas e era amigo destas. A polícia foi até sua casa e apreendeu facas. Na delegacia, os réus pediram assistência de advogado sendo que lhes foi negada. Os réus foram ameaçados, sendo que os policiais lhe disseram que em Iraí os réus seriam "detonados" se não confessassem os crimes. Na delegacia de Frederico, tiraram-lhe a roupa e lhe davam socos na boca do estômago, choques na

virilha e nos pés para que confessassem o crime, enquanto apanhava, ouvia o co-réu Sabino, gritando pendurado no “pau de arara”. O co-réu Sabino de tanto choque que levou, acabou confessando, após lhe sido colocado um revólver na boca. A polícia dizia que poderia matar ambos os réus porque ninguém tinha visto a captura. O interrogado foi também colocado no pau de arara, levando choques, sendo que sentiu uma ardência na barriga, que rompeu o tecido, mostrando nesse momento a barriga e os braços em plenário, em que aparece uma protuberância. Enquanto ameaçava e batia no interrogado, o Deleado tomava uisque. Afirma que o Delegado era o Dr. Juares Francisco Mendonça. Sabino assinou o papel para se livrar de morrer. Afirma que não sabe ler. Assinou os papéis “na marra”. Afirma que após as três horas da madrugada foram trazidos para Iraí, onde ficaram na DP até por volta das 10 horas da manhã, sendo após levados ao Presídio. Afirma que durante o tempo em que ficou na DP de Iraí a polícia referia-se as lesões que apresentava como sendo resultante de briga onde morreram as vítimas, sabendo no entanto, que as lesões foram provocadas pela tortura. Os réus eram apresentados na Delegacia ao público como os autores do assassinato de duas pessoas. A polícia dizia constantemente aos acusados que estes tinham sido levados diretamente de Planalto a Iraí, ao que tudo indica para que estes esquecessem a passagem por Frederico. Permaneceu preso durante um ano e sete meses. Depois não lhe bateram mais. Nunca foi preso antes destes fatos, apenas surpreendido em público embriagado. São seus defensores o Drs. Otacílio Vanzin e Valdir Vanzin. Dada a palavra aos senhores jurados, nada requereram. Nada mais¹²⁵.

Sabino relatou:

Das vítimas conhecia apenas Joceli de vista. Os réus foram presos enquanto trabalhavam, próximo ao local que veio a saber após era o local do crime. Na data dos fatos estava em companhia do réu Geremias, na casa deste. Após a prisão foram levados a DP de Planalto onde pediram a presença de advogado, o que lhes foi negado. Após foram a DP de Frederico, e ali foram torturados. O interrogado foi pendurado no ‘pau de arara’ e levou choques. Conheceu o Delegado Juares, nessa oportunidade, porque era ele quem dava os choques. Os policiais derramavam água sobre o depoente e lhe davam choques. Ficou com ferimento na perna, mostrando esta em plenário. O interrogado disse que se viu ‘num aperto’ que resolveu confessar o fato após lhe ter sido colocado um revólver na boca. Após acabou dizendo que por pressão de Geremias também teria ajudado na empreitada criminosa. Por volta das três horas da madrugada foram trazidos para a DP de Iraí, tendo permanecido nela até as 18 horas, quando foram

¹²⁵ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 280.

conduzidos ao Presídio. Ficaram presos um ano e seis meses. Ficou sabendo do crime no dia seguinte ao seu cometimento, porém sem saber quem teria sido o autor, ou os autores. O réu Geremias não confessou o crime, apenas o interrogando é quem disse que teria cometido-o sabe ler e escrever "mais ou menos". Acha que Geremias não sabe ler e escrever. Nunca foi preso antes deste fato, nem processado. São seus defensores os Drs. Otacílio Vanzin e Valdir Vanzin. Dada a palavra aos Senhores Jurados, nada requereram. Nada mais¹²⁶.

Passado o trauma dos agricultores, houve a imediata soltura, instauração de investigação e processo contra os verdadeiros autores dos crimes e a realização do plenário do júri onde o promotor que atuou realizou um comovente pedido de desculpas em nome dos estado postulando, ao final de sua manifestação, a absolvição.

Fica certo que este pedido de desculpas não vai diminuir a dor e as seqüelas, físicas e morais dos infelizes acusados. Nem tampouco pagar a vergonha e a humilhação que sofreram durante as inúmeras sessões de tortura e pelo período de prisão.

Talvez, a expectativa de uma indenização decente, a ser suportada pelo estado, e a condenação do Delegado e agentes policiais por crimes e tortura, cárcere privado, abuso de autoridade e outras tantas figuras penais, possam dar alguma tranqüilidade aos colonos. Mas se nada disso ocorrer, fica o desejo de compensação divina, premiando-se, na eternidade, estes homens que, por sofrerem injustiças, evitarão que seus semelhantes sejam submetidos a tratamento igual, já que seu caso serviu para alertar os poderes no trato e fiscalização da atividade policial.

Mais que isso, demonstraram com seu sangue e sua liberdade que a polícia precisa ser urgentemente modificada, humanizada, enfim, constitucionalizada.

Desta feita, cumpre assinalar que *o erro judiciário é algo que pode acontecer perto de nós, sendo mais comum do que se pensa e se imagina, não é algo do*

¹²⁶ Processo-crime 2292/592 da Comarca de Planalto-RS, p. 284.

*passado, ou distante. Motivo para se reafirmar a importância do defensor dentro do processo penal acusatório, sendo fundamental sua ativa vigilância a apontar muitas vezes o caminho justo, pois a justiça pode errar*¹²⁷.

Nos casos mencionados, os acusados nada mais eram do que estigmatizados com a pobreza, acusados de graves crimes e, apesar de todas as garantias, a justiça falhou, tendo, no entanto, a majestade suficiente para reconhecer o erro. Os erros consistiram no condenar injustamente pela inobservância do devido processo legal, visto que a correta aceitação da prova insere-se no contexto geral do contraditório e da ampla defesa, entrando aqui no sentido da legalidade da sua constituição, formação e valoração, sem o qual inexistente condenação válida.

*Assim, no momento que a Justiça criminal do Brasil passa por verdadeira revolução com a adoção dos Juizados Especiais Criminais, em que a pena de prisão sofre severas críticas pela falência completa do sistema prisional, e que a dogmática jurídica como um todo mostra a olho nu a sua incapacidade de resolver com justiça o problema do conflito, em especial, de alcançar o sonho da Justiça Social, queremos chamar a atenção da gravidade da falha do sistema penal, que é real, e sacrifica o inocente, e que acontece ainda em nosso tempo, falhando no caso concreto e estando longe de solucionar a expectativa coletiva*¹²⁸.

¹²⁷ MARTINS, R. C. *op cit.*, p. 146.

¹²⁸ MARTINS, R. C. *op. cit.*, p. 149.

Anexo II - Projeto de Lei Complementar n.º 162/99 - Substitutivo 2º

Dispõe sobre o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e dá outras providências.

Art. 1º - O ministério Público, nos termos do art. 127, VII, da Constituição Federal e do art. 111, IV, da Constituição Estadual, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, exercerá o controle externo da atividade policial civil e militar, por meio de medidas extrajudiciais e judiciais, podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos e em unidades policiais civis e militares;

II - ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade de polícia judiciária civil e militar e que digam respeito a persecução penal;

III - requisitar à autoridade competente a adoção de providências para sanar omissão indevida, fato ilícito penal ocorridos no exercício da atividade policial, prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, podendo acompanhá-los;

IV - acompanhar, quando necessário ou solicitado, a condução da investigação policial civil ou militar;

Art. 2º - A autoridade policial civil ou militar comunicará imediatamente, ao Ministério Público a prisão de qualquer pessoa, com indicação do lugar onde se encontra o preso e os motivos da prisão.

Parágrafo único - O Ministério Público disponibilizará mecanismos capazes de viabilizar o recebimento dos documentos relacionados a este artigo em cada uma das Comarcas do Estado.

Art. 3º - No controle externo da atividade policial previsto nesta lei o Ministério Público atuará no sentido de assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou a correção de ilegalidades ou do abuso de poder;

Art. 4º - A presente Lei Complementar será regulamentada pelo Ministério Público, através de ato do Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Órgão Especial do Colégio de Procuradores, quanto à organização de seus serviços internos necessária a execução deste diploma.

Art. 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

** Parecer n.º 1630/00 - redação final aprovada em 13.12.2000 pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul”.*

Talvez, com a edição deste texto legislativo, haja uma modificação na visão dos promotores em relação ao trabalho policial. Acabaram-se as desculpas, agora é chegada a hora de fazer valer os direitos dos cidadãos para que a função seja, realmente, a de promover justiça.